



PRICEWATERHOUSE COOPERS
CHAIR ON INTERNATIONAL
CORPORATE TAXATION



**EL GRAVAMEN DE LAS RENTAS DE CAPITAL
Y LAS LIBERTADES COMUNITARIAS
(TAXATION ON CAPITAL GAINS
AND EU FREEDOMS)**

JUAN ZORNOZA PÉREZ

WORKING PAPER NO. 3 / 2013
DECEMBER 2013

Publisher:

Carlos III University of Madrid. Public State Law Department

<http://www.uc3m.es/dpe>

©Juan Zornoza

Series:

PricewaterhouseCoopers Chair on International Corporate Taxation Working Papers

ISSN: 2340-9800

Electronic version of this paper available on:

<http://hdl.handle.net/10016/18176>



This work is licensed under a [Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/).

El gravamen de las rentas de capital y las libertades comunitarias

Prof. Dr. Juan Zornoza*

1. INTRODUCCIÓN.

En un trabajo publicado en los Suplementos sobre el sistema financiero de Papeles de Economía Española en 1992, junto a los Profesores de la Hucha y Ramallo, advertíamos sobre el efecto que las libertades fundamentales y, en particular, la libre circulación de capitales, habían de producir en la configuración de los sistemas tributarios de los Estados miembros, desde una doble perspectiva. En primer lugar, por cuanto las divergencias entre los sistemas tributarios nacionales, al obstaculizar la efectiva realización de las libertades proclamadas en los Tratados, parecían requerir un relanzamiento de las tareas armonizadoras que habían permitido la aprobación de la Directiva 90/435/CEE del Consejo, de 23 de julio de 1990, relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes y del -hoy fracasado¹- Convenio 90/436/CEE sobre eliminación de la doble imposición en caso de rectificación de beneficios entre empresas asociadas, o Convenio de arbitraje.

En ese sentido, nos referimos a la propuesta de la que luego sería la Directiva 2003/49/CEE del Consejo, de 3 de junio de 2003, relativa a un régimen fiscal común aplicable a los pagos de intereses y cánones efectuados entre sociedades asociadas de diferentes Estados miembros² que, como es sabido, la Comisión tuvo que retirar a finales de 1994, por lo que sólo tras muchas discusiones, con una marcada inspiración en la propuesta de la Comisión de 1998, se alcanzaría el acuerdo necesario para suprimir las retenciones en origen sobre los pagos de intereses y cánones efectuados

* Professor of Public Finance and Tax Law, Universidad Carlos III de Madrid. Chair PricewaterhouseCoopers of International Company Taxation. This contribution is outlined in the research project DER2010-20000 financed by the Spanish Ministry of Economy and Competitiveness.

¹ Puesto que tras aprobarse por el Consejo, el 25 de mayo de 1995, un Protocolo por el que se modificaba el Convenio, a fin de prorrogarlo por períodos sucesivos de cinco años, debido a que no fue ratificado por todos los Estados miembros, el Convenio de Arbitraje no está vigente desde el año 2000. Por ello, en la actualidad, las empresas asociadas afectadas por los ajustes de valoración sólo pueden ampararse en las disposiciones previstas en los Convenios de doble imposición que, a diferencia del Convenio de Arbitraje, no imponen ninguna obligación vinculante de supresión de la doble imposición.

² DE LA HUCHA, F./RAMALLO, J./ZORNOZA, J. (1992), pp. 46 y ss.

entre sociedades asociadas de diferentes Estados miembros. Y no menos arduos resultarían los trabajos que, desde la propuesta de la Comisión de 10 de febrero de 1989, conducirían a la aprobación de la Directiva 2003/48/CE del Consejo, de 3 de junio de 2003, en materia de fiscalidad de los rendimientos del ahorro en forma de pago de intereses³, con la que la armonización se extendería a la fiscalidad de las personas naturales en que, sin embargo, quedarían sin resolver los problemas relacionados con la tributación de las prestaciones derivadas de fondos de pensiones, a que se referiría la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social Europeo, de 19 de abril de 2001, relativa a la eliminación de los obstáculos fiscales a las prestaciones por pensiones transfronterizas de los sistemas de empleo⁴.

Junto a ello, en segundo lugar, analizamos entonces -siempre desde la perspectiva de la libre circulación de capitales- algunas de las normas tributarias internas que, al incentivar la inversión en títulos nacionales, subordinar la obtención de determinados beneficios fiscales a la contratación con fondos de pensiones residentes en España, etc.⁵ podían considerarse discriminatorias o restrictivas de dichas libertades; apuntando, por ejemplo, que la imposibilidad de aplicar el sistema de crédito de impuesto para la eliminación de la doble imposición en el caso de

³ La Directiva tiene por objeto permitir que los pagos de intereses efectuado en un Estado miembro en favor de «beneficiarios efectivos», que sean personas físicas con residencia en otro Estado miembro, queden sujetos a imposición efectiva de acuerdo con las disposiciones legales de su Estado de residencia, mediante el intercambio automático de información o, en los casos de Bélgica, Luxemburgo y Austria, mediante la aplicación de una retención en origen del 15% durante los tres primeros años del período de transición, del 20% durante los tres años siguientes y del 35% con posterioridad.

⁴ COM (2001) 214 final, no publicada en el Diario Oficial, trata de llegar, más que a una armonización, a un enfoque coordinado que se adapte a la diversidad de las normas aplicadas en los Estados miembros. Tras la aprobación de la Directiva 2003/41/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de junio de 2003, relativa a las actividades y la supervisión de fondos de pensiones de empleo, la armonización en este ámbito parece particularmente urgente, sobre todo si tenemos en cuenta que la Sentencia del Tribunal de Justicia (STJCE en adelante), de 3 de octubre de 2002, (Asunto C-136/00, *Danner*), había considerado contraria a la libre prestación de servicios una norma tributaria finlandesa que limitaba el derecho a deducir, a efectos del impuesto sobre la renta, las aportaciones a seguros de jubilación voluntarios abonadas a entidades de seguros de pensiones establecidas en otros Estados miembros, mientras permitía deducir tales aportaciones cuando se pagaban a organismos establecidos en Finlandia. De manera coherente con ello, poco tiempo después, ya en 2003, mediante Dictamen razonado, la Comisión solicitó oficialmente a Bélgica, Francia, España y Portugal que modificaran su legislación fiscal y dieran a las contribuciones abonadas a los fondos de pensiones localizados en otro Estado miembro el mismo tratamiento que a las contribuciones abonadas a los fondos nacionales. Dicha normativa, como la que estipulaba la obligación de invertir en títulos valores nacionales constituía a nuestro entender una restricción contraria a la libre circulación de capitales; vid. DE LA HUCHA, F./RAMALLO, J./ZORNOZA, J. (1992), pp. 58 y 74-75.

⁵ Vid. DE LA HUCHA/RAMALLO/ZORNOZA (1992), pp. 61 y ss.

dividendos provenientes de sociedades no residentes en el IRPF, podía constituir una restricción tributaria a la libre circulación, dado que hacía más interesante para los residentes en España invertir en el capital de sociedades residentes⁶.

Pues bien, ocho años después, al presentar un conjunto de investigaciones sobre los sistemas nacionales de imposición directa y su compatibilidad con las libertades comunitarias, constataba VANISTENDAEL⁷ la existencia de trabajos suficientes como para llenar una biblioteca sobre el significado de la doctrina establecida por el TJCE a partir de la Sentencia de 28 de enero de 1986⁸, al declarar contrarias a los Tratados diversas normas tributarias nacionales. Y si en aquél momento, a la vista de los distintos *Reports* nacionales⁹, se advertía sobre los retos que planteaba a los Ministros europeos de Finanzas el poder del TJCE para anular las normas tributarias nacionales que violaran una de las cuatro libertades básicas establecidas en el Tratado¹⁰; cuatro años más tarde, la *European Association of Tax Law Professors* dedicaría su Congreso de París a analizar el impacto de las libertades fundamentales sobre los sistemas tributarios de los Estados miembros, al entender que la doctrina del Tribunal de Justicia, convertido ya en el TJUE, había llegado a un punto crítico¹¹. Porque de continuar el TJUE pronunciándose en los mismos términos, muchos expertos tenían la sensación de que los fundamentos mismos de los sistemas tributarios de los Estados miembros podrían verse amenazados, hasta el punto de poner en riesgo su integridad o coherencia, mientras que si se produjera una revisión de dicha doctrina, el riesgo sería el de retroceder a un estadio anterior en la aplicación de las libertades fundamentales en el ámbito tributario, que pudiera comprometer la realización del mercado interior.

Y lo cierto es que el análisis que nos proponemos realizar en relación al tratamiento de las rentas del capital desde la perspectiva de las libertades fundamentales permitirá comprobar que la doctrina del TJUE, pese al intento de mantener un cierto equilibrio entre los legítimos intereses de los fiscos de los Estados miembros y las exigencias del mercado interior, incurre en no pocas contradicciones y

⁶ Vid. DE LA HUCHA/RAMALLO/ZORNOZA (1992), p. 72.

⁷ VANISTENDAEL, F. (2000), p. 3.

⁸ En el primer caso *Comisión vs. Francia* (Asunto 270/83).

⁹ La correspondiente a España estuvo a cargo de RAVENTOS, E. (2000), pp. 73 y ss.

¹⁰ VANISTENDAEL, F. (2000), p. 6.

¹¹ VANISTENDAEL, F. (2006), p. 169.

emplea razonamientos que, desde la perspectiva técnico-jurídica, producen una cierta insatisfacción, por lo que mientras algunos piensan que su jurisprudencia está socavando la autonomía fiscal de los Estados miembros¹², otros consideran que está siendo más generosa con los Estados miembros que en los "viejos tiempos"¹³. En todo caso, nadie podrá negar la importante función de armonización silenciosa o negativa que ha cumplido la jurisprudencia del TJUE en relación a las libertades fundamentales en el área de la fiscalidad directa, como consecuencia de un cierto activismo¹⁴ que las ha dotado de una extraordinaria fuerza expansiva, al entenderse que de ellas deriva no sólo una prohibición de discriminación, sino también la prohibición de "*todas las medidas que prohíban, obstaculicen o hagan menos interesante el ejercicio*" de dichas libertades¹⁵; esto es, una prohibición de restricciones, cuya aplicación podría estar en conflicto con los valores fundamentales de los sistemas tributarios de los Estados miembros¹⁶.

Para exponer la situación existente, en lugar de analizar la jurisprudencia que ha aplicado cada una de las libertades fundamentales¹⁷ respecto al gravamen de las rentas del capital, nos preguntaremos primero por el distinto sentido que cada una de dichas libertades tiene respecto a la tributación de esta clase de rentas, para hacer referencia después a los problemas planteados por el gravamen de los distintos rendimientos del capital y, fundamentalmente: i) de dividendos; ii) intereses y cánones; y iii) rendimientos de contratos de seguros, incluidos los de jubilación o pensiones. No obstante, conviene advertir de antemano que nuestro análisis de las distintas clases de rentas del capital puede resultar asimétrico, pues el régimen de los intereses y cánones ha quedado relativamente armonizado tras la aprobación de las Directivas 2003/48/CEE y 2003/49/CEE, antes mencionadas, por lo que el gravamen de dichas rentas genera hoy menos problemas desde la perspectiva de las libertades fundamentales. Es cierto que la existencia de armonización de un determinado ámbito

¹² Vid. la dura crítica de GRAETZ, M.J. y WARREN J.R., A. (2007), p. 1577 y ss. que llegan a calificar la jurisprudencia del TJUE de arbitraria y formalista en p. 1602.

¹³ En los términos de LANG, M. (2009), p. 109, que literalmente afirma que "The Court has recently been more generous to the Member States compared to the "old days"".

¹⁴ En los términos de SEER, R. (2006) pp. 470-472.

¹⁵ Vid. STJCE de 5 de octubre de 2004 (C-442/02) *CaixaBank France*, apartado 11.

¹⁶ En ese sentido LEHNER, M. (2000), p. 7.

¹⁷ Que es la perspectiva adoptada en el excelente trabajo de CALDERÓN CARRERO, J.M. y MARTÍN JIMÉNEZ, A. (2006), pp. 602 y ss. en que analizan la jurisprudencia que ha aplicado en materia tributaria las distintas libertades fundamentales. Desde esa misma perspectiva vid. BANKS, K. (2007) in toto.

no excluye la existencia de conflicto con las libertades fundamentales, pues las Directivas tienen que ser interpretadas y aplicadas en el contexto del sistema normativo comunitario, de modo que las opciones en ellas contenidas deben ser ejercitadas de manera conforme a las libertades fundamentales¹⁸. No obstante, la existencia de armonización tiende a reducir ese potencial conflicto, aunque sólo sea porque el TJUE, al delimitar el contenido de las libertades fundamentales, tiende a evitar contradicciones con las decisiones políticas subyacentes a las Directivas. De ahí que al analizar disposiciones domésticas de los Estados miembros desde la perspectiva de las libertades fundamentales, el TJUE tiende a aplicar estándares más estrictos en los ámbitos no armonizados que allí donde se ha producido un acuerdo para la armonización o coordinación de legislaciones, en lo que constituye un incentivo implícito a los Estados miembros para armonizar¹⁹.

Por razones distintas, tampoco nos detendremos en exceso en el análisis de los problemas relacionados con las rentas derivadas de seguros, incluyendo seguros de jubilación y planes de pensiones, respecto a las que existe alguna jurisprudencia que, sin embargo, tiene un alcance relativamente limitado, ya que no han sido muchos los problemas de discriminación o restricción suscitados respecto a dichos rendimientos y los planteados no han generado una excesiva polémica²⁰.

Por contra, la larga serie de asuntos planteados ante el TJUE en relación al tratamiento de los dividendos transfronterizos muestra que su tratamiento es una de las cuestiones de mayor relevancia, pese a que la tributación de los dividendos intragrupo ha sido armonizado por la citada Directiva 90/435/CEE, debido a que los sistemas nacionales de eliminación de la doble imposición económica generan con frecuencia situaciones discriminatorias²¹. Y no sólo por su importancia práctica²², sino también porque la jurisprudencia en la materia del TJUE es muy relevante para el análisis de los estándares de comparabilidad que han de emplearse a efectos de la prohibición de discriminaciones y restricciones, un ámbito en que cabría exigir que se

¹⁸ En este sentido LANG, M (2008), p. 73 y ENGLISH, J. (2010), p. 201.

¹⁹ Vid. LANG, M. (2008), p. 73.

²⁰ Un buen resumen respecto a seguros de jubilación en las Conclusiones de la Abogado General Christine Stix-Hackl, presentadas el 1 de julio de 2007, en el Asunto C-150/04.

²¹ En ese sentido LANG, M. (2008), p. 67 y TENORE, M. (2010), p. 74.

²² Puesta de manifiesto, por ejemplo, en el "Opinion Statement of the CFE on outbound dividends: Commission vs. Italy (C-540/07). Sometido por la Confédération Fiscale Européenne a las instituciones europeas en abril de 2010.

operase de forma más consistente²³, con el fin de mantener el deseable equilibrio entre las exigencias del mercado interior y la relativa autonomía tributaria de los Estados miembros en el ámbito de la fiscalidad directa.

2. EL SIGNIFICADO DE LAS LIBERTADES COMUNITARIAS Y LAS RELACIONES ENTRE ELLAS.

Puesto que el objeto de nuestro análisis serán primordialmente las sentencias del TJUE en que se analizan las disposiciones domésticas de los Estados miembros relativas a la tributación de las rentas del capital desde la perspectiva de las libertades fundamentales, parece imprescindible dejar establecidas algunas premisas respecto al significado que debe dárseles y a cuáles de dichas libertades inciden particularmente en el ámbito que aquí interesa.

2.1. A este respecto, conviene recordar que las libertades fundamentales, cuya aplicación requiere en todo caso la presencia de un elemento transfronterizo²⁴, constituyen uno de los elementos esenciales del mercado interior, según resulta de su definición en el artículo 26.2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE en lo sucesivo, antiguo art. 14 TCE), por lo que su interpretación debe realizarse teniendo en cuenta ese contexto funcional, en cuanto prohibiciones de discriminación o de restricciones que puedan limitar el acceso al mercado, según enseña la jurisprudencia del TJUE²⁵.

Como es sabido, no discriminación y no restricción son nociones que se presentan frecuentemente como distintas, por lo que es habitual que se describa la jurisprudencia del TJUE como un proceso de evolución, desde la concepción de las libertades fundamentales como prohibiciones de discriminación, a su entendimiento

²³ Vid. la crítica al respecto de LANG, M. (2008), p. 77, cuando concluye que las aproximaciones del TJUE no son consistentes en todos sus extremos, cuando es precisamente esa consistencia en la aplicación de sus propios estándares lo que sería exigible.

²⁴ Por lo que las transacciones puramente internas, relacionadas con un único Estado miembro, quedan al margen de las libertades comunitarias y recibirán, en su caso, el amparo frente a posibles discriminaciones o restricciones que les depare su Constitución; en este sentido vid. la jurisprudencia que cita CORDEWENER, A. (2006), p. 7 nota 21. Como es sabido, la excepción a este respecto deriva de la doctrina establecida a partir de la STJUE de 18 de octubre de 1990, *Massam Dzodzi* (Asuntos acumulados C-297/88 y C-197/89) apartado 36, en que se afirma que corresponde al TJUE la interpretación de normas que, pese a aplicarse sólo en contextos nacionales, han tomado como modelo normas europeas y las siguen sustancialmente; una crítica de dicha doctrina en CALDERÓN CARRERO, JM. y BÁEZ MORENO, A. (2010), pp. 9 y ss.

²⁵ CORDEWENER, A. (2006), pp. 4-6.

como prohibiciones de restricción, criticando la terminología del TJUE como inconsistente y confusa²⁶. Sin embargo, el empleo de ambas nociones resulta poco menos que inevitable a la vista del Tratado, que tras consagrar la prohibición de discriminaciones por razón de la nacionalidad en su artículo 18 (antiguo art. 12 TCE), ordena la eliminación de todo tipo de discriminación contraria a la libre circulación de trabajadores (artículo 45. 2 TFUE, antiguo art. 39 TCE), prohíbe todo tipo de restricciones al derecho de establecimiento (artículo 49 TFUE, antiguo art. 43 TCE), a la libre prestación de servicios (artículo 56 TFUE, antiguo art. 49 TCE) y a los movimientos de capitales (artículo 63 TFUE, antiguo art. 56 TCE). Es pues el mismo Tratado el que configura las libertades fundamentales atendiendo a ambas nociones²⁷, por lo que a pesar de las dificultades, parece imprescindible -cuando menos- intentar su delimitación conforme a criterios jurídicos precisos. Y a ese respecto, podría decirse que las diferencias entre ambas nociones son sencillas de establecer en términos puramente conceptuales, porque la de discriminación es siempre una categoría relativa, mientras que la de restricción puede delimitarse en términos absolutos²⁸. En efecto, la no discriminación es un concepto relativo, que requiere disponer de un *tertium comparationis* para determinar si las diferencias existentes en el tratamiento de situaciones que guardan entre sí razón de semejanza (son comparables) resultan, o no, discriminatorias. En el mercado interior dicha comparación se establecerá, como regla, entre una situación puramente doméstica y una situación transfronteriza, apreciándose la existencia de discriminación cuando un Estado miembro aplique a una operación transfronteriza un tratamiento menos favorable que a la hipotética operación equivalente de carácter puramente doméstico. Por contra, el concepto de restricción tiene carácter absoluto, pues no requiere establecer ninguna clase de comparación con una situación puramente doméstica, sino sólo la observación de que una determinada regulación de un Estado miembro prohíbe o, lo que es más común en el ámbito tributario, dificulta o hace menos interesante el ejercicio de una libertad fundamental.

²⁶ Cfr. CORDEWENER, A. (2006), p. 2-3; VANISTENDAEL, F. (2006), p. 170-171; vid. las críticas a la confusa postura del TJUE en BIZZOLI, G. (2008), p. 138 y RUIZ ALMENDRAL, V. (2008), pp. 12-13. La más dura crítica, por entender que esa evolución produce una marcada limitación del poder tributario nacional es de LEHNER, M (2000), p. 7.

²⁷ CORDEWENER, A. (2006) p. 3.

²⁸ Vid. CORDEWENER, A. (2006), pp. 12 y ss. VANISTENDAEL, F. (2006), pp. 172 y ss.

De ahí que se haya podido decir que no discriminación y no restricción son dos caras de una misma moneda, la de las libertades fundamentales orientadas a la realización del mercado interior o, con otras palabras, que "hoy puede decirse que todas las libertades fundamentales se aplican como prohibiciones de discriminación y también como prohibiciones de restricciones no discriminatorias"²⁹.

El problema es que, en la práctica del TJUE, ambas nociones se ha ido entremezclando de forma variable, al menos por dos vías distintas; a saber: i) debido al entendimiento de que las libertades fundamentales amparan también las transacciones de salida, lo que permite comparar su tratamiento con el de las puramente domésticas, para entender que si el de las primeras es más gravoso que el de las segundas existe una discriminación que se traduce en una restricción indebida de las transacciones transfronterizas; y ii) debido a que muy pocos casos se han decidido únicamente aplicando la prohibición de restricciones, porque en la mayor parte de los casos de restricción se ha aplicado un razonamiento igual al de la no discriminación, de modo que no es extraña la referencia a las restricciones discriminatorias³⁰. En este sentido, no es sencillo encontrar en la jurisprudencia decisiones relativas a la materia tributaria adoptadas aplicando la prohibición de restricciones en sentido estricto, salvo en el caso de regulaciones domésticas no discriminatorias que establezcan una doble barrera a las operaciones transfronterizas³¹, o en el caso de reglas domésticas no discriminatorias que hagan el acceso al mercado por nacionales de otros Estados miembros muy difícil o imposible³².

²⁹ VANISTENDAEL, F. (2006), p. 175.

³⁰ ENGLISH, J. (2010), p. 201.

³¹ El ejemplo sería el de la STJUE de 15 de mayo de 1997, *Futura Participations* (Asunto C-250/95), apartados 24 y 25, en se considero que la exigencia, para compensar pérdidas de una sucursal a efectos tributarios, de que se haya llevado una contabilidad en el Estado miembro de tributación conforme a las normas nacionales aplicables durante el referido ejercicio, relativa a sus actividades en el citado Estado, podía "constituir una restricción, a efectos del artículo 52 del Tratado, a la libertad de establecimiento de una sociedad, (porque...) haría que dicha sociedad, si quisiese poder compensar las eventuales pérdidas de su sucursal, estuviera obligada a llevar, además de su propia contabilidad que debe ser conforme a las normas tributarias aplicables en el Estado miembro en que tenga su domicilio social, una contabilidad separada para las actividades de su sucursal con arreglo a las normas tributarias aplicables en el Estado en que esté situada esta última".

³² El ejemplo aquí sería la STJUE de 29 de noviembre de 2001, *François De Coster* (Asunto C-17/00) en que se consideró que el establecimiento de un impuesto sobre las antenas parabólicas, al imponer a la recepción de emisiones televisadas difundidas por satélite un gravamen que no recae sobre la de emisiones transmitidas por cable, constituye una restricción a la libre prestación de servicios, en cuanto "puede disuadir a los destinatarios de los servicios de radiodifusión televisada establecidos en el territorio ... de intentar acceder a las emisiones de radiodifusión televisada

Y no sólo eso, sino que incluso en esos casos, sobre todo en *De Coster*, si se atiende a la argumentación del TJUE resulta obvio que se está acudiendo a un razonamiento directamente emparentado con la prohibición de discriminaciones, pues la pretendida restricción se deriva de la previa comparación entre los organismos de radiodifusión establecidos en Bélgica y los establecidos en otros Estados miembros, que podría disuadir a los usuarios de acudir a determinados operadores y, en consecuencia, obstaculizar el ejercicio de las actividades de estos. Por ello se ha afirmado que la jurisprudencia del TJUE demuestra un progresivo ensanchamiento del componente de no discriminación de las libertades fundamentales³³ o, en términos más contundentes, que "a pesar de la confusa retórica del TJUE sobre la restricción, lo cierto es que prácticamente todos sus veredictos sobre la incompatibilidad de reglas tributarias nacionales con las libertades fundamentales comunitarias se han basado en un análisis sobre la existencia de discriminación, con independencia de que las disposiciones controvertidas formaran parte del sistema tributario del Estado miembro de origen de la operación transfronteriza (i.e, el estado de la residencia del contribuyente), o del Estado miembro de destino (i.e., del estado donde la renta se origina)"³⁴.

Así entendidas, las libertades fundamentales se oponen tanto a las medidas domésticas que al diferenciar legalmente las situaciones transfronterizas las sitúan en situación de desventaja, como a las medidas domésticas que, aplicándose indistintamente a operaciones internas y transfronterizas, constituyen un obstáculo o barrera para estas últimas, en cuanto hacen particularmente gravoso o incluso imposible la salida de un mercado nacional y/o la entrada en otro. Precisamente por ello, las libertades fundamentales se aplican desde una perspectiva territorial dual, oponiéndose a las discriminaciones y restricciones (no discriminatorias) que afecten a operaciones transfronterizas, sin importar cuál de los Estados miembros concernidos las ocasiona; lo que significa que la protección que las libertades fundamentales deparan se aplica tanto a las operaciones de entrada (*inbound*) como a las de salida (*outbound*), pues desde la perspectiva del mercado interior resulta inútil que un

procedentes de otros Estados miembros, dado que la recepción de las citadas emisiones está sujeta a un gravamen que no recae sobre la de las emisiones ofrecidas por organismos de radiodifusión establecidos en Bélgica" (apartado 33).

³³ CORDEWENER, A. (2006), pp. 13 y ss.

³⁴ ENGLISH, J. (2010), pp. 202-203.

Estado miembro, como Estado de destino, cumpla con las libertades fundamentales y permita las operaciones de entrada, si el Estado miembro de origen evita que sus agentes económicos participen en las mismas, discriminando o restringiendo las operaciones de salida³⁵. Dicho con otras palabras, las libertades fundamentales, orientadas como se encuentran a la plena realización del mercado interior, protegen las transacciones transfronterizas en su integridad, lo que implica una paulatina ampliación de su ámbito de aplicación en un doble sentido³⁶; a saber:

i) En términos subjetivos, porque las libertades fundamentales protegen a todas las partes participantes en una operación transfronteriza, desde la perspectiva de la oferta o demanda de bienes, servicios o capitales, ya que -como se dijo en *Verkooijen*³⁷- una disposición legislativa que supedita la exención de los dividendos obtenidos por una persona física a que procedan de sociedades establecidas en el territorio nacional constituye una restricción a los movimientos de capitales, por un lado en cuanto "*tiene por efecto disuadir a los ... que residan en los Países Bajos de invertir sus capitales en sociedades domiciliadas en otro Estado miembro*"; mientras que, por otro, "*produce igualmente efectos restrictivos sobre las sociedades establecidas en otros Estados miembros, pues obstaculiza la obtención de capitales en los Países Bajos por parte de dichas sociedades*"³⁸. Y, en parecido sentido, como se deduce de *Metallgesellschaft* y expresa con claridad *Lankhorst-Hohorst*, la diferencia de trato entre filiales residentes en función del domicilio de su sociedad matriz constituye un obstáculo discriminatorio a la libertad de establecimiento, cuando no una restricción que "*hace menos atractivo el ejercicio de la libertad de establecimiento por parte de sociedades domiciliadas en otros Estados miembros*" (apartado 32); lo que permite deducir que la libertad de establecimiento no sólo garantiza la igualdad de tratamiento entre entidades matrices domésticas y extranjeras, sino también la igualdad entre estructuras de grupos domésticos y transfronterizos, por cuanto sólo

³⁵ CORDEWENER, A. (2006), p. 9.

³⁶ CORDEWENER, A. (2006), pp. 18 y ss.

³⁷ STJUE de 6 de junio de 2000, *Staatssecretaris van Financiën contra B.G.M. Verkooijen* (Asunto C-35/98), apartados 34 y ss.

³⁸ Todavía más clara en ese sentido la STJUE de 7 de septiembre de 2004, *Petri Manninen* (Asunto C-319/02), que considera que la normativa finlandesa analizada produce, por un lado, el efecto de disuadir a las personas sujetas al pago de impuestos por obligación personal de invertir sus capitales en sociedades que tengan su domicilio social en otro Estado miembro; mientras que, por otro, produce asimismo un efecto restrictivo para las sociedades establecidas en otros Estados miembros en cuanto constituye para ellas un obstáculo a la captación de capitales en el Estado miembros de que se trata.

considerando las dos partes de cada operación transfronteriza se contribuye de manera efectiva a la realización del mercado interior³⁹.

ii) En términos objetivos, porque existe una cierta tendencia del TJUE a entender que las libertades fundamentales se oponen también a aquellos obstáculos que sin bloquear la operación transfronteriza en cuanto tal, de *iure* o de *facto*, disuaden de algún modo a los agentes económicos de actuar fuera de su estado de residencia, constituyéndose como obstáculos indirectos a las actividades económicas transfronterizas. Así se deduciría de *Verkooijen*, en que el TJUE considera la medida enjuiciada contraria a la libre circulación de capitales tomando en cuenta la relación existente entre los dividendos sobre los que se discutía y la actividad económica que hacía posible su distribución, pues si aquellos reciben un trato tributario desfavorable en comparación con los puramente domésticos, se introduciría una distorsión en los procesos de decisión de los agentes económicos que podría llegar a disuadirles de establecerse en otros Estados miembros⁴⁰.

Y a ello debe todavía añadirse, desde la perspectiva del parámetro de comparación, que si bien la prohibición de discriminaciones contenida en el artículo 18 del TFUE lo es por razón de nacionalidad, una consolidada jurisprudencia ha extendido tal prohibición a otros posibles criterios de distinción que conduzcan a los mismos resultados y, entre ellos, a la residencia fiscal. Porque a pesar de la consabida afirmación de que la situación de los contribuyentes residentes y la de los no residentes no es comparable en términos generales⁴¹, se termina reconociendo que una normativa basada en el criterio de la residencia puede constituir una discriminación indirecta por razón de la nacionalidad, ya que los no residentes son en su mayoría nacionales de otros Estados⁴².

Por último, para finalizar con las consideraciones relativas al significado de las libertades fundamentales como prohibiciones de discriminación y de restricciones, conviene destacar que su aplicación por el TJUE suele ser estricta, en el sentido de que

³⁹ STJUE de 8 de marzo de 2001, *Metallgesellschaft Ltd y otros* (Asuntos acumulados C-397/98 y C-410/98) y STJUE de 12 de diciembre de 2002, *Lankhorst-Hohorst GmbH* (Asunto C-324/00); en el sentido del texto CORDEWENER, A. (2006), pp. 20-21.

⁴⁰ Cfr. CORDEWENER, A. (2006), pp. 21-22.

⁴¹ A partir de la STJUE de 14 de febrero de 1995, *Schumacker* (Asunto C- 279/93), apartado 31, esta afirmación es una cláusula de estilo en la jurisprudencia.

⁴² La afirmación de *Schumacker* para personas físicas se reitera para las personas jurídicas en la STJUE de 13 de julio de 1993, *Commerzbank AG.*, (Asunto C-330/91), apartado 15 y es hoy doctrina consolidada.

se centra en el tratamiento de la cuestión de que se trate en el Estado miembro concernido, aisladamente considerada, sin tener en cuenta otros posibles factores añadidos. Y a este respecto, debe destacarse -porque será útil en nuestro análisis- que al enjuiciar el tratamiento de una determinada operación transfronteriza, caso de ser desfavorable, no se consideran las posibles medidas compensatorias que le pudieran ser aplicables, porque como se dijo en *Avoir Fiscale y Saint-Gobain* una diferencia de trato fiscal entre sociedades residentes y sucursales "*no puede justificarse por otras ventajas de las que se benefician las sucursales en relación con las sociedades residentes y que, ..., compensan las desventajas*" de dicho tratamiento, sea en el mismo Estado miembro⁴³ o en otro⁴⁴.

Ahora bien, siendo ello así, lo cierto es que el TJUE ha matizado dicho criterio a partir de *Manninen*, al tomar en consideración elementos ajenos a la jurisdicción en que el caso se plantea (*overall approach*)⁴⁵, indicando que sería posible tener en cuenta el efecto de reducción de la doble imposición que produce el sistema tributario del Estado miembro en que el dividendo tuvo su fuente. Dichos matices se precisan en *Denkavit*⁴⁶, en que el TJUE tuvo en cuenta el Convenio de doble imposición (CDI en adelante) y el sistema tributario interno del otro Estado miembro, para confirmarse definitivamente en *Amurta*⁴⁷, en que se atribuye al Tribunal nacional competente la determinación de si "*en el litigio principal, debe tenerse en cuenta ese convenio y, en su caso, comprobar si permite neutralizar los efectos de la restricción a la libre circulación de capitales*". Y de ello deriva que para el TJUE una medida discriminatoria o restrictiva de un Estado miembro no deja de serlo porque el otro Estado miembro implicado en la operación transfronteriza establezca medidas unilaterales compensatorias; mientras que si pueden evitar que una medida de un Estado miembro se considere discriminatoria las compensaciones que deriven de los CDI aplicables, siempre que efectivamente resulten del CDI y sean compatibles con el sistema

⁴³ SSTJUE de 28 de enero de 1986 (Asunto 270/82), apartado 21, conocida como *Avoir fiscal* y 21 de septiembre de 1999, *Compagnie de Saint-Gobain* (Asunto C-307/97), apartado 54.

⁴⁴ STJUE de 26 de octubre de 1999, *Eurowings Luftverkehrs AG* (Asunto C-294/97), apartados 44-45.

⁴⁵ VANISTENDAEL, F. (2008), p.60 se refiere al two country approach, que BIZIOLI, G. (2008), p. 136 denomina "overall comparison"; mientras que LANG, M. (2008), p. 72 y HERRERA, P. (2009), p. 195 emplean los términos "overall approach".

⁴⁶ STJUE de 13 de diciembre de 2006, *Denkavit Internationaal BV* (Asunto C-170/05), apartados 44-54.

⁴⁷ STJUE de 8 de noviembre de 2007, *Amurta* (Asunto C-379/05), apartado 84.

tributario del otro Estado miembro⁴⁸. Dicho con otras palabras, pese a su doctrina sobre la irrelevancia de las medidas compensatorias, el TJUE termina por aceptar que el efecto discriminatorio de una determinada medida puede ser eliminado por reglas incluidas en los CDI que tenga suscritos, incluso en combinación con un sistema tributario de otro Estado⁴⁹, lo que por cierto suscita no pocas dudas, ya que genera una enorme inseguridad y una seria inconsistencia en el juicio de discriminación, por cuanto es imposible predecir que elementos se tomarán en cuenta, o no, para la comparación de la situación puramente nacional y la transfronteriza⁵⁰.

2.2. Por lo que se refiere a las relaciones entre las distintas libertades fundamentales, se trata de una cuestión trascendente debido a sus distintos ámbitos de aplicación, pues las libertades de circulación de trabajadores, de establecimiento y de prestación de servicios, tienen un alcance puramente intracomunitario -aunque se extiendan a los miembros no comunitarios del Espacio Económico Europeo- mientras la de circulación de capitales se aplica tanto entre los Estados miembros como entre estos y terceros Estados, según resulta con toda claridad del artículo 63 del TFUE (antiguo art. 56 TCE). Ello es particularmente relevante, porque el TJUE se ha negado a restringir el ámbito de dicha libertad, excluyendo los movimientos de capitales hacia determinados terceros Estados, por entender que el concepto de restricciones a los movimientos de capitales debe interpretarse de la misma forma en las relaciones entre los Estados miembros y los países terceros y en las relaciones puramente intracomunitarias⁵¹. De ahí que no quepa establecer medidas tributarias que puedan considerarse discriminatorias o restrictivas de la libre circulación de capitales, por mucho que se refieran a terceros Estados respecto a los que exista desconfianza, a no ser que se justifiquen por la necesidad de garantizar la eficacia de los controles fiscales y, en todo caso, con sujeción a la observancia del principio de proporcionalidad, como se declaró en A y puede deducirse del artículo 65 del TFUE (antiguo art. 58 TCE).

⁴⁸ En este sentido VANISTENDAEL (2008), p. 60-61; también BIZIOLI (2008), p. 135-136 señala que un CDI puede ser relevante no sólo para determinar en abstracto a que Estado corresponde el poder de imposición o el deber de eliminar la doble tributación, sino en términos concretos, para evaluar los efectos que produce en combinación con la legislación doméstica.

⁴⁹ VANISTENDAEL, F. (2007), p. 211.

⁵⁰ MASON, R. (2006), pp. 35 y ss.; GRAETZ, M.J. y WARREN JR., A. (2007) p.1597.

⁵¹ STJUE de 18 de diciembre de 2007, A (Asunto C-101/05), apartado 34.

Pues bien, en el análisis de las medidas relativas a la tributación de las rentas del capital, pudiera creerse de manera intuitiva que la libertad aplicable de forma predominante debería ser la de circulación de capitales. Sin embargo, las cosas no son tan claras, pues existen abundantes decisiones del TJUE relativas al análisis de la tributación de dividendos en que la libertad de establecimiento parece ser de aplicación preferente sobre la libre circulación de capitales; por lo que no estará de más un breve análisis de la interacción entre ambas libertades, sin excluir la posibilidad de que en el tratamiento de determinadas rentas del capital -en particular de las procedentes de seguros- deba ser objeto de consideración también la libre prestación de servicios⁵².

A este respecto, de los Tratados parecen deducirse algunos elementos en cuanto a las relaciones entre las libertades fundamentales, pues el artículo 57 del TFUE (antiguo art. 50 TCE) parece conceder una cierta preeminencia a la libre circulación de capitales respecto a la libre prestación de servicios⁵³; mientras que del artículo 65 del TFUE (antiguo art. 58 CE) no resultan indicaciones claras en cuanto a las relaciones de la circulación de capitales, al proclamarse su relativa independencia⁵⁴. Y como la cuestión es relevante, dado el diferente ámbito de las libertades a que nos referimos, ya que la libre prestación de servicios y el derecho de establecimiento se predicen sólo del espacio comunitario, mientras que la libre circulación de capitales alcanza a terceros países, resulta inevitable esclarecer el sistema de relaciones entre ellas existente.

Pues bien, en lo que se refiere a las relaciones entre libre prestación de servicios y circulación de capitales, a partir de *Fidium Finanz*⁵⁵ el TJUE ha establecido que a pesar de su estrecha vinculación, ambas libertades "se destinan a regular

⁵² Prescindimos de considerar la libre circulación de trabajadores, pese a que en las SSTJUE de 28 de enero de 1992, *Bachmann* (Asunto C-204/90) y *Comisión vs. Reino de Bélgica* (Asunto C-300/90) se empleara respecto a la deducibilidad del pago de primas a entidades aseguradoras y de la tributación de las posteriores indemnizaciones; vid. CALDERÓN CARRERO, JM y MARTÍN JIMÉNEZ, A. (2006), pp. 608-609, porque no llega a confluir con otras libertades.

⁵³ Al definir como servicios las prestaciones realizadas normalmente a cambio de una remuneración, "en la medida en que no se rijan por las disposiciones relativas a la libre circulación de ..., capitales" y establecer luego, en su artículo 58 (antiguo art. 51 del TCE) que la liberalización de servicios bancarios y de seguros debe realizarse "en armonía con la liberalización de la circulación de capitales".

⁵⁴ Cuando se señala que las disposiciones relativas a la libre circulación de capitales "no serán obstáculo para la aplicación de restricciones del derecho de establecimiento compatibles con los Tratados".

⁵⁵ STJUE de 3 de octubre de 2006, *Fidium Finanz AG* (Asunto C-452/04), apartados 28 y ss.

situaciones diferentes y cada una de ellas tiene un ámbito de aplicación distinto", sin que del artículo 57 del TFUE (antiguo art. 50 TCE) pueda deducirse que las disposiciones relativas a la libre prestación de servicios se aplican con carácter subsidiario con respecto a las que regulan la libre circulación de capitales. Se descarta pues la preeminencia de una libertad sobre la otra, por lo que en el caso de que una misma medida, pueda obstaculizar simultáneamente el ejercicio de varias libertades, no existirá una única solución posible, sino que habrá de indagarse "si, en las circunstancias del litigio principal, una de ellas predomina sobre la otra" (apartado 34), para examinar luego la medida controvertida a la luz de una sola las libertades, si se demuestra que una de ellas es por completo secundaria respecto a la otra y puede subordinarse a ella, pero sin que necesariamente prevalezca una u otra⁵⁶.

Lo mismo ocurre cuando se trata de la confluencia de derecho de establecimiento y libre circulación de capitales, pues la jurisprudencia muestra que el TJUE excluye la aplicación simultánea de las distintas libertades que puedan entrar en juego, fundamentando sus decisiones sobre la base de una sola de ellas: la que sea predominante o tenga una relevancia primaria; con la importante consecuencia de que si al aplicarla no se aprecia discriminación, o la existente se considera justificada, no cabe acudir a la otra libertad esgrimida para realizar un análisis separado y descubrir una eventual discriminación o restricción⁵⁷. A este respecto, es meridianamente claro el pronunciamiento del TJUE en *Aberdeen*, que con cita de la jurisprudencia anterior, señala de manera concluyente que cuando una normativa nacional ha de ser enjuiciada desde la perspectiva de la libertad de establecimiento, si produce también efectos restrictivos sobre la libre circulación de capitales, *"tales efectos serían la consecuencia inevitable de un eventual obstáculo a la libertad de establecimiento y,*

⁵⁶ Así, en la STJUE de 1 de julio de 2010, *Gerhard Dijkman* (Asunto C-233/09), se considera prevalente la libertad de circulación de capitales sobre la de prestación de servicios, porque se trataba de un gravamen municipal complementario de los rendimientos de depósitos e inversiones realizados en otro Estado miembro y, por lo tanto, a las consecuencias que, para un contribuyente residente, se derivan del ejercicio de la libertad de circulación de capitales (apartado 34); mientras que en la STJUE de 22 de diciembre de 2010, *Tankreederei I SA* (Asunto C-287/10), prevaleció el análisis de la libre prestación de servicios, al entender que la actividad realizada por la entidad recurrente podía ser considerada de servicios (apartados 12 y 13).

⁵⁷ HJI PANAYI, C. (2008), p. 573 y DEN BOER, S. (2010), p. 251.

por lo tanto, no justifican un examen autónomo de dicha normativa a la luz del artículo 56 CE⁵⁸.

Se trata de una línea jurisprudencial que hoy podemos considerar consolidada⁵⁹, a pesar de las críticas que ha merecido, por un lado, por carecer de apoyo en el TFUE, cuyas disposiciones en modo alguno permiten deducir que en los casos en que sea posible la aplicación de dos libertades, el juicio de discriminación haya de realizarse sólo desde la perspectiva de la más libertad predominante, excluyendo la aplicación de la otra⁶⁰; y, por otro, porque la libertad que tiende a considerarse subordinada suele ser la de circulación de capitales, con las importantes consecuencias que ello tiene en lo que se refiere a terceros países⁶¹. De una línea jurisprudencial en la que no faltan excepciones⁶² pero que, en todo caso, exige delimitar los posibles criterios para determinar cuando una libertad ha de considerarse prevalente sobre otra, a cuyos efectos, en supuestos de concurrencia de libre circulación de capitales y derecho de establecimiento se ha empleado como criterio decisivo el de la influencia real (*definite influence*) que el TJUE formulara por vez primera en *Baars*⁶³ y que, a su vez, depende tanto de la importancia de la participación accionarial como de otros factores como la finalidad de las disposiciones legales que se analicen, y si un control conjunto puede, o no, proporcionar esa influencia real. En este sentido, la existencia de esa "influencia real en las decisiones", que permite determinar o influir decisivamente en las actividades de una entidad, tendría como consecuencia la aplicación preferente de la libertad de establecimiento⁶⁴; mientras que cuando la

⁵⁸ STJUE de 18 de junio de 2009, *Aberdeen Property Fininvest Alpha Oy* (Asunto C-303/07), apartado 35; vid. ENGLISH, J. (2010), p. 200.

⁵⁹ O'BRIEN, M. (2009), p. 275.

⁶⁰ WEBER, D. (2007), pp. 670 ss. y DEN BOER, S. (2010), p. 252.

⁶¹ HJI PANAYI (2008), p. 573; en este sentido, señala O'BRIEN, M. (2009), p. 277 que el TJUE ha eludido cuidadosamente la aplicación de la libre circulación de capitales respecto a la tributación de las contribuciones a pensiones transfronterizas, presumiblemente para poder argumentar en el futuro en los casos que afecten a terceros países que el caso concierne de manera primaria a los servicios financieros.

⁶² En las que destacan las SSTJUE de 12 de diciembre de 2006, *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation* (Asunto C-374/04), apartados 39 y 40, en que dada la naturaleza de los "asuntos piloto" planteados por el Tribunal remitente resultaba imprescindible un análisis tanto desde la libertad de establecimiento como desde la libre circulación de capitales y de 15 de septiembre de 2011, *Accor SA*. (Asunto C-310/09), apartados 31 y ss. en que se consideran relevantes las mismas dos libertades.

⁶³ STJUE de 13 de abril de 2000, *C. Baars* (Asunto C-251/98); vid. DEN BOER, S. (2010), p. 252.

⁶⁴ En este sentido la reciente STJUE de 19 de julio de 2012, *Scheunemann* (Asunto C-31/11), cuando proclama que la normativa de un Estado miembro que, para calcular el Impuesto de sucesiones, deniega determinadas ventajas fiscales a una herencia en forma de participación en una sociedad de capital

participación en el capital de una sociedad no otorga al accionista una influencia real en sus decisiones ni le permite determinar sus actividades, sería aplicable sólo la libre circulación de capitales, como se dijo en *Test Claimants in the FII Group Litigation* o en *Haribo*⁶⁵. No obstante, debe señalarse que existen situaciones en que la magnitud de la participación que posea el accionista en la sociedad distribuidora del dividendo no permite adoptar una decisión respecto a la libertad aplicable⁶⁶, por lo que la jurisprudencia atiende también a otros factores como los derechos de voto, la pertenencia al consejo de administración, la existencia de otras conexiones financieras, etc.; que pueden ser también relevantes según que el TJUE se atenga en su análisis a la situación legal o a la situación fáctica existente, como hizo en la citada Sentencia *Baars*⁶⁷.

Es más, en situaciones dudosas, para determinar si una determinada normativa nacional está comprendida en una u otra de las libertades, procede tomar en consideración el objeto o finalidad que pretende alcanzar, como muestra *Glaxo Wellcome GmbH*⁶⁸, en que la normativa cuestionada se aplicaba con independencia de la amplitud de la participación, para impedir que los tenedores no residentes se beneficiaran de una ventaja fiscal indebida, generada directamente por transmisiones de participaciones sin otro objetivo que el de beneficiarse de dicha ventaja y no con la finalidad de ejercer la libertad de establecimiento o como consecuencia del ejercicio de dicha libertad, por lo que se consideró que debía prevalecer el aspecto tal normativa relativo a la libre circulación de capitales. Por ello, aunque se ha podido decir que se ha producido una expansión de la libertad de establecimiento frente a la de circulación de capitales⁶⁹, o que el TJUE es reticente la aplicación de la libre

establecida en un país tercero, mientras que las confiere en caso de herencia de tal participación si el domicilio social está situado en un Estado miembro, afecta principalmente a la libertad de establecimiento en el sentido de los artículos 49 TFUE y siguientes, puesto que dicha participación permite a su poseedor ejercer una influencia efectiva en las decisiones de dicha sociedad y determinar sus actividades; vid. apartados 23 y ss..

⁶⁵ STJUE de 12 de diciembre de 2006, *Test Claimants in the FII Group Litigation* (Asunto C-446/04), apartado 38; en el mismo sentido, respecto a una participación del 10 por 100, TSJUE de 10 de febrero de 2011 *Haribo Lakritzen Hans Riegel BetriebsgmbH* (Asuntos acumulados C-436/08 y C-437/08, apartados 35-36.

⁶⁶ Como sucedió en la STJUE de 24 de mayo de 2007, *Holböck* (C- 157/05), apartado 24.

⁶⁷ En este sentido DEN BOER, S. passim y conclusiones en p. 258.

⁶⁸ STJUE de 17 de septiembre de 2009, *Glaxo Wellcome GmbH* (Asunto C-182/08), apartados 6 y ss. en especial 50.

⁶⁹ CALDERÓN CARRERO, J.M. y MARTÍN JIMÉNEZ, A. (2006), p. 707.

circulación de capitales cuando existe solapamiento con otra libertad fundamental⁷⁰, lo cierto es que su posición a este respecto continúa generando dudas, pues si bien es claro que en los casos de influencia real prevalece el análisis desde la libertad de establecimiento, que resultaría así aplicable en los supuestos de inversiones directas, queda todavía por resolver si en situaciones relativas a terceros países podrá aplicarse la libre circulación de capitales en casos en que no exista influencia real, pero la normativa cuestionada sea también aplicable allí donde dicha influencia real existe⁷¹.

3. LA INCIDENCIA DE LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES EN EL GRAVAMEN DE LAS RENTAS DEL CAPITAL.

El elevado número de pronunciamientos del TJUE relativos a la incidencia de las libertades fundamentales en el tratamiento tributario de las rentas del capital haría imposible, en un trabajo de las características del presente, el análisis de la totalidad de las cuestiones que dicha jurisprudencia ha suscitado. Nos limitaremos por ello, a examinar los que nos parecen los problemas de mayor interés en relación a la incidencia de las libertades fundamentales respecto a la tributación de las tres principales clases de rentas del capital; a saber: dividendos, intereses y rendimientos de seguros, incluidos los de jubilación o pensiones.

3.1. Sin duda, el tratamiento tributario de los dividendos transfronterizos es una de las cuestiones críticas del Derecho Tributario europeo, no sólo si se atiende al amplio número de casos que se han sometido al TJUE en los últimos años, sino también porque la jurisprudencia al respecto ha puesto en cuestión los criterios preexistentes respecto a la comparabilidad, las legislaciones a tener en cuenta a esos efectos, el papel que corresponde a los CDI, las posibles justificaciones de un tratamiento discriminatorio, etc.

Ello puede explicarse si se considera que son muchos los regímenes aplicables, dado que, al menos potencialmente, desde la perspectiva del análisis de comparabilidad que es inherente a la aplicación de las libertades fundamentales -como prohibiciones de discriminación o de restricciones- habría que distinguir: i) entre los dividendos que caen bajo el ámbito de la Directiva 90/435/CEE y aquellos a los que,

⁷⁰ HJI PANAYI, C. (2008), p. 573.

⁷¹ DEN BOER, S. (2010), p. 258 y ENGLISCH, J. (2010), p. 200.

por no cumplirse los requisitos en ella previstos, sólo se aplican las normas del derecho originario; ii) los supuestos en que el accionista es una persona física de aquellos en que es una entidad jurídica, debido a las muy diferentes implicaciones que la doble imposición tiene en ambos casos; iii) entre los dividendos de salida (*outbound dividends*), en que las medidas problemáticas son las adoptadas por el estado de la fuente respecto a la tributación de accionistas no residentes y lo que se discute es la posibilidad de diferenciaciones basadas en el origen de la inversión y los dividendos de entrada (*inbound dividends*), en que se examina el gravamen del dividendo en el estado de la residencia del perceptor y se discute la posibilidad de diferenciaciones basadas en el destino de la inversión; y iv) los supuestos en que existe doble imposición en sentido jurídico y aquellos en que sólo se produce una doble imposición económica, dado que los mecanismos para su corrección son muy diversos y, en consecuencia, susceptibles de generar potenciales discriminaciones⁷².

La complejidad del tratamiento tributario de los dividendos transfronterizos queda igualmente puesta de relieve por la constante preocupación mostrada por las instituciones europeas, a partir del Informe *Segré* de 1966⁷³ y hasta la más reciente Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo "La doble imposición en el mercado único"⁷⁴, en que se reconoce que aún se dan casos de doble imposición que crean barreras al establecimiento, la actividad y la inversión transfronteriza en la UE y se apunta a la insuficiencia de los instrumentos actualmente existentes para corregirla, que no siempre son eficaces cuando se trata de corregir la doble imposición jurídica y pueden generar situaciones discriminatorias en el caso de la doble imposición económica, ya que los sistemas nacionales de los Estados miembros tienden a producir sus efectos sólo en el ámbito doméstico⁷⁵.

Conviene por ello examinar, siquiera de manera sucinta, las grandes líneas de la jurisprudencia relativa a la delimitación de la competencia de los Estados miembros en materia de imposición de los dividendos y, en particular, acerca de los mecanismos

⁷² Esas son las distinciones que considera relevantes la CONFEDERATION FISCALE EUROPEENNE (2010), apartados 2 y ss.

⁷³ EEC COMMISSION (1966), p. 34.

⁷⁴ COM (2011) 712 final, de 11 de noviembre.

⁷⁵ TENORE, M. (2010), p. 74.

destinados a prevenir los supuestos de doble imposición de los beneficios de una sociedad y la incidencia de los CDI, siguiendo las grandes líneas de las Conclusiones presentadas por el Abogado General Yves Bot, el 9 de julio de 2009 en el Asunto C-182/08, *Glaxo Wellcome*. Para ello, debemos partir del reconocimiento -que es ya una cláusula de estilo en la jurisprudencia del TJUE- de que la imposición de los dividendos forma parte de la fiscalidad directa, una materia respecto a que la UE carece de competencias, por lo que los Estados miembros pueden por tanto definir con libertad los elementos de su potestad de imposición. No obstante, como también recuerda de manera constante el TJUE, esa competencia debe ejercerse respetando el ordenamiento comunitario y, en especial, las libertades de circulación previstas por el Tratado que, como es sabido se traducen tanto en la prohibición de medidas discriminatorias, como en la prohibición de obstáculos o restricciones. Pues bien, a partir de ahí, por lo que se refiere al tratamiento de los dividendos transfronterizos, la jurisprudencia tiene establecido que:

a) Corresponde a cada Estado miembro establecer el sistema de tributación de los beneficios distribuidos y, en particular, determinar la base imponible y el tipo impositivo que se aplicarán a los accionistas beneficiarios, dentro de las exigencias derivadas del ordenamiento comunitario⁷⁶. Como parte de esa competencia nacional, al no existir medidas de unificación o de armonización en el ámbito de la Unión, corresponde a los Estados miembros fijar, mediante Convenios o de forma unilateral, los criterios de reparto de su potestad tributaria con el fin, en particular, de suprimir la doble imposición⁷⁷.

b) Como consecuencia del ejercicio concurrente de su potestad tributaria por los distintos Estados miembros, los beneficios de una sociedad pueden ser objeto de doble imposición económica o jurídica, pues una doble imposición no es, en general,

⁷⁶ SSTJUE *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation*, apartado 50; *Test Claimants in the FII Group Litigation*, apartado 47; de 20 de mayo de 2008, ya citadas, *Orange European Smallcap Fund* (Asunto C-194/06), apartado 30; de 16 de julio de 2009, *Damseaux* (Asunto C-128/08), apartado 25; y de 20 de octubre de 2011, *Comisión vs. República Federal de Alemania* (Asunto C-284/09), apartado 45.

⁷⁷ SSTJUE de 12 de mayo de 1998, *Gilly* (Asunto C-336/96) apartados 24 y 30, de 21 de septiembre de 1999, *Saint-Gobain ZN* (Asunto C-307/97), apartado 57; de 8 de noviembre de 2007, *Amurta*, ya citada, apartado 17; de 19 de noviembre de 2009, *Comisión vs. Italia*, (Asunto C-540/07), apartado 29; 3 de junio de 2010, *Comisión vs. Reino de España* (Asunto C-487/08), apartado 38 y *Comisión vs. República Federal de Alemania*, ya citada, apartado 46.

contraria al Derecho comunitario⁷⁸. En efecto, la doble imposición sólo está prohibida - en lo que aquí interesa- por la Directiva 90/435/CEE del Consejo y en el marco del Tratado no se ha adoptado ninguna medida de reparto de competencias dirigida a eliminar la doble imposición, pues si prescindimos del Convenio 90/436/CEE, los Estados miembros no han celebrado ningún Convenio multilateral con ese fin, en virtud del artículo 293 del Tratado constitucional.

c) Pese a que la doble imposición económica y jurídica no sea, en consecuencia, con carácter general, contraria al Tratado y sea de la competencia de los Estados miembros la adopción de las medidas -unilaterales o convencionales- dirigidas a evitar o atenuar ambos tipos de doble imposición, ello no significa que a tal efecto puedan aplicarse medidas contrarias a las libertades de circulación.

d) El TJUE ha ido paulatinamente precisando cómo se concretan las exigencias de las libertades comunitarias en esta materia, distinguiendo entre el gravamen por los Estados miembros de los dividendos entrantes, en cuanto Estado de residencia del socio, por una parte, y de los dividendos salientes, en cuanto Estado de la fuente de los dividendos, por otra. Sin embargo, la naturaleza del perceptor del dividendo, esto es, si se trata de una persona física o una entidad jurídica, parece que carece de relevancia para la jurisprudencia, como demostraría *Test Claimants in the FII Group Litigation*⁷⁹. Y no sólo eso, sino que si el perceptor del dividendo es una entidad sujeta a un régimen tributario especial, como el de las instituciones de inversión colectiva o los fondos de pensiones, tampoco cabe establecer diferencias entre los residentes y no residentes, según se ha reconocido recientemente para fondos de pensiones en *Comisión vs. Finlandia*⁸⁰ y para los fondos de inversión en *Santander Asset Management*⁸¹.

⁷⁸ LANG, M. (2008), p. 68.

⁷⁹ LANG, M. (2008), p.. 69-70

⁸⁰ Vid. la STJUE de 8 de noviembre de 2012, *Comisión vs. República de Finlandia* (Asunto C-342/10), apartados 32 y 43 y ss. Paradójicamente la posterior STJUE de 22 de noviembre de 2012 *Comisión vs. República Federal de Alemania* (Asunto C-600/10), en un supuesto semejante relativo a dividendos e intereses satisfechos a fondos de pensiones rechazó la reclamación de la Comisión por falta de prueba de la discriminación alegada. Esta pendiente el pronunciamiento relativo a la denuncia que, en parecidos términos, ha presentado la Comisión contra Francia, en el Asunto C-76/12.

⁸¹ Vid. la STJUE de 10 de mayo de 2012, *Santander Asset Management, SGII, S.A.* (Asuntos acumulados C-338/11 a 347/11), que declaró que los artículos 63 y 65 del TFUE deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa de un Estado miembro que prevé la imposición, mediante una retención en origen, de los dividendos de origen nacional cuando son percibidos por organismos de inversión colectiva en valores mobiliarios residentes en otro Estado, mientras que esos dividendos están exentos

e) En este sentido, por lo que se refiere a la imposición de los dividendos entrantes (*inbound dividends*), el TJUE viene manteniendo que, cuando un Estado miembro grava a los residentes por el conjunto de los dividendos que perciben y adopta disposiciones para prevenir o atenuar la doble imposición económica que sobre ellos recae, no puede limitar la aplicación de esas disposiciones a los dividendos de origen nacional sino que debe extender esa ventaja a los dividendos pagados por sociedades establecidas en los demás Estados miembros. Y ello, porque los perceptores de dividendos de fuente extranjera se encuentran en una situación comparable a la de los perceptores de dividendos de fuente interna, como resulta de *Lenz* (apartado 32) y *Manninen* (apartado 37), donde se dijo de forma bien clara que "*los accionistas sujetos al pago de impuestos en Finlandia por obligación personal se encuentran en una situación comparable, independientemente de que perciban dividendos de sociedades establecidas en este Estado miembro o de sociedades establecidas en otros Estados miembros*". Por ello, en los términos de *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation* "*cuando un Estado miembro dispone de un sistema que evita o atenúa la doble imposición en cadena o la doble imposición económica en el supuesto de dividendos que los residentes perciben de sociedades residentes, debe conceder un trato equivalente a los dividendos que los residentes perciben de sociedades no residentes*"⁸².

Ese trato equivalente dependerá, como es obvio, del sistema que cada Estado miembro emplee para corregir la doble imposición económica respecto a los dividendos nacionales, lo que en el caso de personas físicas ha sido interpretado por el TJUE en el caso *Meilicke* como obligación del Estado de residencia del perceptor de "*neutralizar la doble imposición económica que soporta la persona física beneficiaria*

para de los organismos de inversión colectiva en valores mobiliarios residentes en el primer Estado (apartado 55).

⁸² Vid. SSTJUE de 15 de julio de 2004, *Lenz* (Asunto C-315/02), apartados 32-33; *Manninen*, ya citada, apartados 34-36; y *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation*, ya citada, apartado 55, que se cita en el texto. Esa diferencia de trato podría encontrarse justificada por razones imperiosas de interés general, por ejemplo debido a la necesidad de comprobar que el dividendo entrante procede de beneficios que efectivamente hayan quedado sujetos a tributación en el Estado donde reside la sociedad que los distribuye. Pero en todo caso, las exigencias establecidas a ese respecto deben ser siempre proporcionadas a la finalidad pretendida por la normativa de que se trate; de modo que, por ejemplo, no cabe subordinar la exención del dividendo de fuente extranjera a la existencia de un acuerdo de asistencia mutua que se extienda al ámbito recaudatorio, porque ello no es relevante para verificar la tributación efectiva de la sociedad no residente que distribuye el dividendo, como se dijo en *Haribo*, ya citada, apartados 71 y ss.

en última instancia de dividendos de origen extranjero"⁸³. Y neutralizarla en todos sus extremos, como demuestra la reciente STJUE de 28 de febrero de 2013⁸⁴, que considera contraria a la libre circulación de capitales el régimen de imputación que se emplea en Alemania para corregir la doble imposición internacional de dividendos percibidos por personas físicas, porque sólo autoriza la imputación limitada de la retención en rigen en términos que son diferentes y menos favorables para los no residentes que para los residentes.

Y es que la jurisprudencia comunitaria es cada vez más exigente en cuanto a la obligación de que la doble imposición se neutralice en idénticos términos para los dividendos de origen nacional o extranjero, cualquiera que sea el método que se emplee a tales efectos, como se dijo en *Test Claimants in the F II Group Litigation*, al aceptar la posibilidad de que la corrección de la doble imposición se produjera aplicando el método de exención a los dividendos de origen nacional y el método de imputación a los de origen extranjero, siempre que el tipo impositivo aplicable a estos últimos no superase el aplicado a los dividendos nacionales y que el crédito fiscal fuera adecuado. Pero ello implica la necesidad de tener en cuenta no tanto los tipos nominales aplicables, sino la tributación efectiva que se produce en uno y otro caso, como resulta de la más reciente Sentencia de 13 de noviembre de 2012⁸⁵, que establece la necesidad de comprobar que la aplicación del método de imputación a los dividendos de origen extranjero garantiza un tratamiento fiscal equivalente al que resulta de la aplicación del método de exención a los dividendos de origen nacional. Y de ese modo se confirma, en la línea de *Verkooijen* y *Lenz* que los sistemas de eliminación de la doble imposición económica que no están basados en una conexión directa y precisa entre el impuesto sobre sociedades interno y el impuesto sobre la renta que soportan los socios residentes deben extenderse de forma incondicional a los dividendos procedentes de sociedades residentes en otros Estados miembros⁸⁶.

⁸³ STJUE de 30 de junio de 2011, *Wienand Meilicke* (Asunto C-262/09), apartado 32; a tal efecto, en el caso discutido se estimaba que debía permitirse la deducción del impuesto de sociedades pagado respecto a los dividendos por la sociedad que los había distribuido, con arreglo al Derecho de su Estado miembro de establecimiento, en el impuesto sobre la renta que el accionista debía pagar por dichos dividendos.

⁸⁴ Vid. STJUE de 28 de febrero de 2013, *Manfred Becker y Chista Beker* (Asunto 168/11).

⁸⁵ Entre las mismas partes y, por ello, también con la denominación *Test Claimants in the F II Group Litigation* (Asunto 35/11).

⁸⁶ CALDERÓN CARRERO, J.M. y MARTÍN JIMÉNEZ, A. (2006), p. 724.

f) Por lo que hace al gravamen de los dividendos salientes (*outbond dividends*), la jurisprudencia es más matizada, porque cuando la sociedad que distribuye los dividendos y el socio beneficiario no residen en el mismo Estado miembro, se entiende que el Estado de la fuente no está en la misma posición que el Estado de residencia del socio de cara a la prevención o la atenuación de la imposición en cadena y de la doble imposición económica. Por ello, el TJUE diferencia dos supuestos, según la intensidad con que el Estado donde reside de la sociedad o Estado de la fuente de los dividendos ejerza su competencia tributaria para gravarlos; a saber:

i) Cuando el Estado de la fuente somete al impuesto sobre la renta no sólo a los socios residentes, sino también a los socios no residentes, por los dividendos que perciben de la sociedad residente, el TJUE considera que los socios no residentes deben recibir un trato equivalente al que disfrutaban los residentes, desde la perspectiva del método previsto por su derecho nacional para prevenir o atenuar la doble imposición en cadena ya que "*la situación de los mencionados accionistas no residentes se asemeja a la de los accionistas residentes*"⁸⁷. En efecto, la igualdad de trato es una obligación del Estado miembro de la fuente de los dividendos, porque ha decidido ejercer su competencia fiscal no sólo sobre los satisfechos a los socios residentes, sino también sobre los distribuidos a los socios no residentes; de modo que -como se dijo en *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation*- para que éstos últimos no padezcan una restricción a la libertad de establecimiento, "*el Estado de residencia de la sociedad que distribuye beneficios debe velar por que, en relación con el mecanismo previsto en su Derecho nacional para evitar o atenuar la doble imposición en cadena, las sociedades accionistas no residentes estén sujetas a un trato equivalente al que disfrutaban las sociedades accionistas residentes*" (apartado 70).

ii) Las cosas son distintas cuando el Estado miembro de residencia de la sociedad que genera los beneficios -Estado de la fuente de los dividendos- no

⁸⁷ Vid. las SSTJUE, todas ellas citadas con anterioridad, *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation*, apartados 58 y ss.; *Denkavit*, apartados 35 y ss.; *Amurta*, apartado 38; *Comisión vs. Italia*, apartado 52; *Comisión vs. Reino de España*, apartado 51, de donde se toma el entrecomillado y *Comisión vs. República Federal de Alemania*, apartado 56.

grava los percibidos por socios que residen en otros Estados miembros; porque en ese caso el TJUE considera que la situación de los socios residentes y los no residentes no es comparable en relación con la aplicación de la legislación fiscal de dicho Estado miembro de residencia. Y ello, porque al Estado miembro de residencia de la sociedad que distribuye beneficios no le corresponde garantizar que los distribuidos a un socio no residente no sufran doble imposición, ya que normalmente el Estado miembro donde reside el socio receptor del dividendo está mejor situado para apreciar la capacidad contributiva personal de ese socio y, en consecuencia, corregir en su caso la doble imposición. De ahí que en esas circunstancias el TJUE considere -en los términos de *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation*- que no es contrario a las libertades fundamentales que el Estado donde reside la sociedad que distribuye el dividendo "*conceda a las sociedades beneficiarias de tales dividendos que residen también en dicho Estado un crédito fiscal correspondiente a la fracción del impuesto sobre los beneficios distribuidos pagada por la sociedad que los distribuye, pero no lo conceda a las sociedades beneficiarias que residen en otro Estado miembro y que no están sujetas al impuesto en el primer Estado por dichos dividendos*" (apartado 74)⁸⁸.

g) Sobre dichas situaciones, como ya ha sido explicado, inciden los CDI aplicables, pues ante una medida fiscal de un Estado miembro que obstaculiza una libertad de circulación, el TJUE admite que se puede tener en cuenta un CDI cuando éste neutraliza dicho obstáculo, ya que el CDI forma normalmente parte del marco jurídico aplicable al asunto principal, por lo que "*el Tribunal de Justicia debe tenerlo en cuenta a fin de dar al Derecho comunitario una interpretación que sea útil para el Juez nacional*"⁸⁹. En efecto, a partir de *Bouanich* se admite que el contenido de un CDI puede tener un impacto significativo en un juicio de no discriminación⁹⁰, porque "*no puede descartarse que un Estado miembro consiga garantizar el cumplimiento de sus obligaciones derivadas del Tratado celebrando un convenio para evitar la doble*

⁸⁸ Para las dudas que esa línea jurisprudencial suscita vid. TENORE, M. (2010), p. 77.

⁸⁹ En este sentido SSTJUE de 19 de enero de 2006, *Bouanich* (Asunto C-265/04), apartado 51; *Manninen* (apartado 21); *Test Claimants in Class IV of the Act Group Litigation* (apartado 71), *Denkavit* (apartado 45) y *Amurta* (apartado 80); todas ellas ya citadas y de la última de las cuales se toma la cita del texto.

⁹⁰ Vid. CORDEWENER, A. (2007), p. 70.

imposición con otro Estado miembro"⁹¹, en la medida que su aplicación permita compensar los efectos de la diferencia de trato a que da lugar la normativa nacional. Por ello, cuando el mecanismo previsto en los CDI no pueda compensar la diferencia de trato a que da lugar la normativa interna, como ocurría en los casos *Comisión vs. Italia*, *Comisión v. Reino de España* y *Comisión vs. República de Finlandia*⁹², el TJUE considerará existente una diferencia de trato entre residentes y no residentes incompatible con las libertades fundamentales, incluso aunque existan medidas unilaterales del otro Estado afectado, ya que "*un Estado miembro no puede alegar la existencia de una ventaja concedida de manera unilateral por otro Estado miembro para eludir las obligaciones que le incumben en virtud del Tratado*"⁹³. En definitiva, para no incurrir en una abierta contradicción con su postura tradicional respecto a la imposibilidad de compensar desventajas fiscales con otras ventajas en otras jurisdicciones que no estén directamente relacionadas, la jurisprudencia del TJUE debe interpretarse, como ha dicho J. ENGLISH⁹⁴, en el sentido de que sólo es admisible una compensación internacionalmente coherente, que es la que tiene lugar cuando se aplica un CDI.

A la vista de lo que llevamos dicho, se comprenderá que la jurisprudencia que ha sido sucintamente resumida haya sido objeto de no pocas críticas, para empezar desde la perspectiva de los criterios de comparación empleados, ya que el TJUE selecciona unos u otros elementos sin justificar de manera adecuada por qué en unos casos los considera relevantes y en otros prescinde de ellos⁹⁵, así como desde el punto de vista de las medidas que podrían justificar las eventuales diferencias de trato en materia de tributación de dividendos. Al tiempo, se ha criticado con razón que el TJUE adopte un punto de vista supranacional a efectos de su análisis, porque la armonización negativa derivada de las libertades fundamentales no puede evitar las distorsiones que resultan de la disparidad entre los sistemas tributarios nacionales en

⁹¹ SSTJUE, antes citadas, *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation*, apartado 71; *Amurta*, apartado 79 y *Comisión vs. Italia*, apartado 36, de donde se toma la cita.

⁹² Un caso este último significativo, porque como se recalca en el apartado 34 la República de Finlandia sólo disponía de tres CDI firmados en que se contenía un tipo cero para el gravamen de dividendos en la fuente, que neutralizaba la discriminación resultante de su legislación interna.

⁹³ Vid. *Comisión vs. Reino de España*, ya citada, apartado 66.

⁹⁴ ENGLISH, J. (2010), p. 218.

⁹⁵ GRAETZ, MJ. y WARREN JR., A. (2007), p. 1597.

ausencia de medidas de armonización multilateral⁹⁶. Por eso, la pretensión de corregir las disparidades de trato resultantes del ejercicio en paralelo del poder tributario para el gravamen de dividendos por parte de dos Estados miembros produce el efecto indeseable de imponer a uno de ellos requerimientos externos y ajenos a la estructura de su sistema tributario doméstico⁹⁷, yendo más allá de lo que corresponde hacer a un Tribunal, para interferir en la toma de decisiones de política tributaria que correspondería adoptar a los legisladores. De ahí que los efectos derivados de la jurisprudencia del TJUE se hayan hecho sentir en la configuración de los sistemas nacionales para evitar la doble imposición, promoviendo un abandono progresivo de los sistemas de crédito de impuesto, en favor de otros métodos de eliminación de la doble imposición económica que se considera que no discriminan entre dividendos de fuente interna y fuente extranjera⁹⁸.

Sin duda, algo tendrá que ver con esa tendencia de la jurisprudencia del TJUE el cambio introducido en la normativa reguladora del IRPF, en que el sistema de crédito de impuesto tradicionalmente aplicable fue sustituido, a partir de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, por el reconocimiento de una exención de los primeros 1.500 euros de dividendos y su sometimiento al tipo de gravamen proporcional que se aplica a las rentas del ahorro; solución que es idéntica a la que resulta para los dividendos percibidos por no residentes, según resulta de lo previsto en el Texto Refundido de la Ley reguladora del Impuesto sobre la Renta de no residentes, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo. Ahora bien, mucho mayores dificultades suscita el tratamiento de los dividendos de salida, porque el método de exención aplicado a los dividendos domésticos y entrantes percibidos por residentes, que asegura la neutralidad desde la perspectiva de la fuente del dividendo no permite alcanzar el mismo resultado desde la perspectiva del no residente que percibe dividendos de salida, lo que obviamente complica mucho las cosas y puede generar pérdidas notables de recaudación en ausencia de armonización, sobre todo dado el activismo de la Comisión, que ha denunciado a numerosos Estados miembros por el

⁹⁶ ENGLISH, J. (2010), p. 208.

⁹⁷ BIZIOLI, G. (2008), p. 137

⁹⁸ GRAETZ, MJ. y WARREN JR., A. (2006), p. 1211-1212; TENORE, M. (2010) p. 81.

tratamiento que aplican a los dividendos de salida⁹⁹. En efecto, desde la perspectiva presupuestaria, la consecución de ambos tipos de neutralidad podría tener un efecto tremendamente negativo, debido al hecho de que los Estados miembros se verían de hecho obligados a dar por perdida la posibilidad de gravar los dividendos de fuente extranjera y los dividendos de salida pagados a accionistas no residentes¹⁰⁰.

Por último, aunque no es este el lugar para examinar los muchos problemas que suscita el recurso al empleo de los CDI a efectos del juicio de no discriminación, lo cierto es que la jurisprudencia del TJUE adolece de no pocas debilidades, porque el hecho de que el CDI autorice para deducir el crédito de impuesto resultante del gravamen en el estado de la fuente carece en sí mismo de significado, ya que su aplicación, o no, dependerá siempre del derecho interno del estado de la residencia¹⁰¹. Por ello, se ha podido advertir con razón que sólo los CDI que vayan más allá de un simple reparto de la potestad tributaria y estipulen que ambos Estados miembros deben adoptar de manera simultánea ciertos pasos para evitar la doble imposición, son idóneos para atribuir responsabilidades en modo que protejan a las partes firmantes de la infracción del ordenamiento comunitario¹⁰². Y de ello es muestra el reciente Auto del TJUE de 19 de septiembre de 2012¹⁰³, en que se inadmite la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal de Primera Instancia de Bruselas, respecto al gravamen de dividendos de origen francés percibidos por residentes en Bélgica y que se ven potencialmente discriminados debido a que dicho estado procedió a modificar

⁹⁹ Como muestra, debe tenerse en cuenta que la Comisión Europea envió opiniones razonadas en 2008 a España y Portugal, previas a la denuncia ante el TJUE por el tratamiento discriminatorio aplicado en el tratamiento tributario de los dividendos satisfechos a Fondos de pensiones, resuelta esta última por la STJUE de 6 de octubre de 2011, *Comisión vs. República Portuguesa* (Asunto C- 493/09). En relación a este asunto, se habían remitido previamente cartas de denuncia a la República Checa, Dinamarca, España, Lituania, Países Bajos, Polonia, Portugal, Eslovenia y Suecia ([IP/07/616](#) de 7 de Mayo de 2007), a Italia y Finlandia ([IP/07/1152](#) de 23 de Julio de 2007) a Alemania y Estonia ([IP/08/143](#) de 31 de Enero de 2008) y Austria (23 de Noviembre de 2007). Respecto a la aplicación de un gravamen más elevado a los dividendos pagados a compañías, la Comisión decidió denunciar ante el TJUE a Bélgica, España, Italia, Países Bajos y Portugal el 22 de enero de 2007 ([IP/07/66](#)) y ha enviado opiniones razonadas a Luxemburgo ([IP/06/1060](#) de 25 de Julio de 2006), Alemania y Austria ([IP/07/1152](#) de 23 de Julio de 2007) y Lituania ([IP/08/334](#) de 28 de Febrero de 2008).

¹⁰⁰ TENORE, M. (2010), P. 81.

¹⁰¹ TENORE, M. (2010), p. 83; entre esas debilidades está la de no contemplar el efecto financiero que implica la existencia, en si misma, del gravamen o *withholding* al dividendo saliente en el estado de la fuente, que el TJUE no ha tomado hasta la fecha en consideración.

¹⁰² De nuevo ENGLISH, J. (2010), p. 220.

¹⁰³ Se trata del Asunto C-540/11, *Daniel Levy y Carine Sebbag vs. Reino de Bélgica*.

su legislación interna, tras suscribir el correspondiente CDI con Francia, para evitar la aplicación del mecanismo para evitar la doble imposición en él previsto. Porque el TJUE ha confirmado la doctrina establecida en *Damseaux*¹⁰⁴, descartando su competencia para examinar la relación entre una medida nacional y lo dispuesto en un CDI, ni siquiera si se plantea en relación al principio de cooperación leal del artículo 10 de la Constitución Europea. Y seguramente, ello hará inevitable una intervención legislativa, dado que el TJUE ni tiene, ni podría tener, una política tributaria para el tratamiento de los dividendos transfronterizos, por lo que sus intervenciones en esta materia pueden parecer arbitrarias¹⁰⁵ y, en todo caso, están generando una notable inseguridad que, sin duda, perjudica la realización del mercado interior.

3.2. Por lo que se refiere al tratamiento de los intereses o, si se prefiere, en los términos de la normativa española, de los rendimientos del capital cedido, lo cierto es que son menos los conflictos existentes en los momentos actuales, seguramente debido a los avances en el proceso de armonización que supuso la aprobación de la Directiva 2003/48/CE del Consejo, de 3 de junio de 2003, en materia de fiscalidad de los rendimientos del ahorro en forma de pago de intereses¹⁰⁶, cuya entrada en vigor se produjo de forma efectiva el 1 de julio de 2005 y que elimina buena parte de los problemas que el gravamen de los intereses podría producir desde la perspectiva de las libertades fundamentales, al haber optado por que los rendimientos del ahorro, en forma de pago de intereses efectuado a "beneficiarios efectivos" que sean personas físicas con residencia en otro Estado miembro, estén sujetos a imposición efectiva de acuerdo con las disposiciones legales de su estado de residencia. Por su parte, en lo que se refiere a la imposición sobre sociedades, la Directiva 2003/49/CEE del Consejo, de 3 de junio de 2003, relativa a un régimen fiscal común aplicable a los pagos de intereses y cánones efectuados entre sociedades asociadas de diferentes Estados

¹⁰⁴ STJUE de 16 de julio de 2009, *Jacques Damseaux vs. Reino de Bélgica* (Asunto C-128/08).

¹⁰⁵ De arbitraria y formalista tachan esta jurisprudencia GRAETZ. MJ. y WARREN JR., A. (2007), p. 1602.

¹⁰⁶ Como es sabido, existe una propuesta de Directiva del Consejo de 13 de noviembre de 2008 por la que se modifica la Directiva 2003/48/CE en materia de fiscalidad de los rendimientos del ahorro en forma de pago de intereses [COM (2008) 727 final, no publicada en el Diario Oficial], dirigida a corregir las deficiencias de la Directiva actual, para garantizar más eficazmente la imposición efectiva de los rendimientos del ahorro y eliminar toda distorsión indeseable de la competencia.

miembros¹⁰⁷, al suprimir las retenciones en origen sobre los pagos de intereses y cánones efectuados entre sociedades asociadas de diferentes Estados miembros, evita los problemas de doble imposición respecto a este tipo de rentas y, en consecuencia, limita las eventuales discriminaciones y restricciones que pudieran dar lugar a la invocación de las libertades fundamentales¹⁰⁸. En definitiva, parece claro que tras la efectiva entrada en vigor de la libre circulación de capitales los Estados miembros no se limitaron a adoptar medidas defensivas unilaterales, sino que ante los riesgos que la deslocalización suponía y las dificultades para combatir de manera eficaz la elusión y evasión fiscal en este área, decidieron apostar por un proceso de armonización que, no sin dificultades, parece haber rendido sus frutos. Seguramente por ello y porque en el caso de pagos de intereses -dado que generalmente son deducibles para la determinación de las bases imponibles en los impuestos sobre la renta y el beneficio empresarial- no existe doble imposición económica, las posibilidades de tratamientos discriminatorios en el caso de operaciones transfronterizas son relativamente reducidas, lo que explicaría el escaso número de pronunciamientos al respecto del TJUE.

No obstante, incluso si prescindimos de los fallos relativos a la imposición indirecta, como *Sandoz*¹⁰⁹ y de aquellos que, por referirse al período en que no se habían liberalizado por completo los movimientos de capitales, carecen hoy de relevancia¹¹⁰, existen algunas cuestiones que conviene abordar en relación a la tributación de los pagos de intereses transfronterizos.

¹⁰⁷ Modificada por las Directivas 2004/66/CE; 2004/76/CE y 2006/98/CE, existe una propuesta de Directiva del Consejo, de 30 de diciembre de 2003, que ampliaría el ámbito subjetivo de la Directiva a otras formas de sociedad, como la sociedad europea o la sociedad cooperativa europea.

¹⁰⁸ A precisar el ámbito de esta Directiva ha contribuido la STJUE de 21 de julio de 2011, *Scheuten Solar Technology GmbH* (Asunto C- 397/09), al proclamar que "*tiene por objeto evitar una doble imposición legal de los pagos de intereses transfronterizos prohibiendo una imposición de los intereses en el Estado miembro de origen en perjuicio del beneficiario efectivo de éstos*" (apartado 28) y, por lo tanto, no se aplica a un impuesto como el controvertido en el litigio principal, en el caso el Impuesto alemán sobre actividades económicas.

¹⁰⁹ STJUE de 14 de octubre de 1999, *Sandoz GmbH* (Asunto C-439/97) relativo al gravamen austríaco sobre actos jurídicos documentados, que se declaró contrario a la libre circulación de capitales

¹¹⁰ Como ocurre con la STJUE de 21 de septiembre de 1988, *Pascal Van Eycke* (Asunto 267/86), en que como advierten CALDERÓN CARRERO, JM. y MARTÍN JIMÉNEZ, A. (2006), p. 708 si la decisión hubiera sido adoptada tras completarse la liberalización de los movimientos de capitales, se hubiera llegado a la conclusión de que la medida belga discutida, al exigir para la exención de los intereses que el depósito se realizar en francos belgas, habría sido considerada una discriminación contraria a la libre circulación.

La primera se refiere a la aplicación de la Directiva 2003/49/CE del Consejo, de 3 de junio de 2003 y, en concreto, a la aplicación de su artículo 5, que permite la aplicación de disposiciones nacionales anti abuso y, en particular, autoriza para denegar el amparo de la Directiva a cualquier transacción cuyo móvil principal o uno de cuyos móviles principales sea el fraude fiscal, la evasión fiscal o el abuso. Pues bien, conviene advertir a este respecto que dicha disposición debe ser interpretada de acuerdo con la jurisprudencia del TJUE en materia de libertades fundamentales, que incide de manera decisiva en la aplicación de normas anti abuso, previstas en disposiciones comunitarias o en el derecho interno de los Estados miembros. En efecto, como es sabido¹¹¹, desde *Emsland-Stärke GmbH*¹¹² el TJUE tiene establecido que el ejercicio de las libertades fundamentales, incluso aunque se produzca para obtener un mejor tratamiento fiscal, es en sí mismo legítimo, pues como dijo en la Sentencia *Gemeente Leusden y Holin Groep BV* (Asuntos acumulados C-487/01 y C-7/02) “no se puede reprochar a un contribuyente haberse beneficiado de una disposición o de una laguna legislativa que le permitía pagar menos impuestos” (apartado 79). En esa misma línea se ha pronunciado la Sentencia de 21 de febrero de 2006, *Halifax Plc. y otros vs. Commissioners of Customs&Excise* (Asunto C-255/02), en que al aplicar el principio de la prohibición de abuso en el ámbito del sistema común de IVA el TJUE destaca que ni el ordenamiento comunitario en términos generales, ni tampoco la Sexta Directiva, limitan las posibilidades de planificación fiscal, que deben considerarse legítimas, pues “cuando un sujeto pasivo puede elegir entre dos operaciones, ... tiene derecho a elegir la estructura de su actividad de modo que limite su deuda fiscal” (apartado 73).

Pues bien, dicha doctrina anti abuso del TJUE resulta aplicable también para la interpretación de las disposiciones nacionales a que remite el artículo 5 de la Directiva 2003/49/CE, por lo que el tratamiento en ella previsto sólo podrá denegarse en supuestos en que las ventajas fiscales que se discutan se obtengan mediante montajes totalmente artificiales, ya que las normas anti-elusión de los Estados miembros deben aplicarse de manera que resulten conformes a las libertades comunitarias cuando se

¹¹¹ Me permito remitir a mi trabajo ZORNOZA PÉREZ, J. (2010), pp. 360 y ss.

¹¹² STJUE de 14 de diciembre de 2000, *Emsland-Stärke GmbH* (Asunto C-110/99), apartado

aplican a operaciones transfronterizas. Por ello, conviene prestar atención a las prácticas administrativas y a la interpretación jurisprudencial de dichas normas generales anti elusión, pues podría darse el caso de que, como consecuencia de un entendimiento rigorista de las mismas, su aplicación a operaciones transfronterizas de carácter comunitario pudiera contravenir la doctrina establecida por el TJUE, sobre todo, por considerar elusión operaciones que al amparo de los derechos o libertades conferidos por el ordenamiento comunitario pretenden obtener un mejor tratamiento tributario, sin que puedan considerarse como pura o esencialmente artificiosas de acuerdo a los parámetros de la jurisprudencia en la materia.

En este sentido, conviene aclarar que no se discute la adecuación al ordenamiento comunitario de la normativa española¹¹³ y, en particular, del artículo 15 de la LGT, sino su aplicación por nuestra Administración tributaria a operaciones en que no es posible apreciar la existencia del montaje pura o esencialmente artificial necesario para justificar su empleo en el contexto de operaciones transfronterizas de ámbito comunitario, en que las libertades fundamentales pueden verse comprometidas. Y no hay problema alguno para realizar ese tipo de análisis, porque como se desprende de la doctrina establecida en *Loeur-Bloem* y *Vestergaard*¹¹⁴ el alcance de la jurisprudencia del TJCE no se limita al enjuiciamiento de las normas anti-abuso, sino que se extiende a su interpretación por las Administraciones tributarias y Tribunales de los Estados miembros¹¹⁵, que en el caso español puede resultar problemática, como resulta de algunos ejemplos relativamente recientes, relativos además al tratamiento de pagos de intereses transfronterizos.

Nos referimos a los supuestos contemplados, entre otras, en las Resoluciones del TEAC de 25 de junio y 8 de octubre de 2009, relativos a operaciones de préstamo intragrupo en que el importe de la financiación obtenida se empleaba en la adquisición

¹¹³ Que a partir del Real Decreto-ley 12/2012, de 30 de marzo, incorpora una prohibición expresa de deducibilidad en el Impuesto sobre Sociedades de ese tipo de gastos financieros, al añadir una letra h) al artículo 14 del TRLIS, lo que seguramente es la prueba ulterior de que hasta ese momento su deducción era legalmente posible y legítima.

¹¹⁴ SSTJUE de 17 de julio de 1997, *A. Leur-Bloem* (Asunto C-28/95), apartado 44 y de 29 de octubre de 1999, *Bent Vestergaard* (C-55/98), apartado 5.

¹¹⁵ Cfr. RUIZ ALMENDRAL, V. (2006), p. 185 y CALDERON CARRERO, JM. y MARTIN JIMENEZ, A. (2006), p. 683.

de participaciones que generaban dividendos exentos; operaciones que la Administración ha considerado "*meras recolocaciones patrimoniales sin sustancia económica o empresarial alguna*", realizadas en fraude de ley, para deducir los gastos financieros de dichos préstamos y, como consecuencia, la tributación en España del grupo fiscal en que la prestataria se integraba junto a las restantes sociedades operativas. Y, más allá de las circunstancias particulares de dichos casos, lo que nos interesa poner de manifiesto es que las mencionadas Resoluciones han desestimado los argumentos relacionados con el ordenamiento comunitario con una extraordinaria ligereza¹¹⁶, calificando las operaciones realizadas como en fraude a la ley tributaria, sin argumentar en modo alguno sobre los requisitos que el TJUE exige para la aplicación de normas internas anti-abuso, sobre una doble e insuficiente base; a saber: a) que el fundamento de la regularización "*no radica en, ni comporta un juicio peyorativo de los grupos multinacionales ni en que en las transacciones y préstamos intervengan sociedades residentes en diversos Estados*", por lo que el TEAC considera que no habría discriminación alguna contraria al ordenamiento comunitario, ya que "*la circunstancia de que haya implicadas entidades no residentes no es en modo alguno lo determinante de la tacha; como ya se ha dicho, sería igual si la operativa se hubiera llevado a cabo sólo entre entidades residentes*"; y b) que "*el Código de Conducta considera potencialmente perniciosas las medidas fiscales que otorgan las ventajas aun cuando no exista actividad económica real o si las ventajas no están totalmente aisladas de la economía nacional, de manera que afecten a la base fiscal nacional, la finalidad perseguida por el Derecho Comunitario resultaría incumplida si, ajustándose los Ordenamientos de los Estados miembros a esos principios, sin embargo se burlasen en la práctica, con operativas como la aquí analizada*".

Esa forma de argumentar no resiste el más mínimo análisis pues, de un lado, resulta inviable la pretensión de extraer del Código de Conducta, que no es más que un mero pacto político o, como máximo, un típico producto del *soft law* en el ámbito comunitario, consecuencias directas en torno a la legitimidad del empleo de normas anti-abuso; máxime cuando se trata de aplicarlas respecto a un régimen como el de las Entidades tenedoras de valores extranjeros (ETVE en adelante), que el Informe *Primarolo* no consideró constitutivo de competencia fiscal lesiva o perniciosa

¹¹⁶ Que ha criticado FALCÓN Y TELLA, R. (2009), *passim*.

conforme a las indicaciones de dicho Código. De otro lado, alegar que la calificación como fraude de ley tributaria se hubiera producido también en el caso de un grupo integrado sólo por entidades residentes no sólo es más que dudoso, ya que en ese supuesto -de ser aplicable el régimen de consolidación fiscal- no existirían las ventajas fiscales cuya aplicación se trata de impedir mediante el expediente del fraude de ley; sino que no dice nada respecto a una medida que, al aplicarse a operaciones reales, con suficiente substancia económica, que no es fácil calificar como montaje pura o esencialmente artificial, puede considerarse que genera un obstáculo efectivo para el ejercicio de la libertad de establecimiento. Sobre todo, porque el TEAC se centra en demostrar que las operaciones de que se trata tienen un propósito fundamentalmente fiscal, perdiendo de vista que el TJUE ha proclamado reiteradamente que no cabe aplicar medidas anti-abuso a operaciones realizadas por motivos predominantemente fiscales siempre que responsan a una realidad económica, esto es, a *“una implantación real que tenga por objeto la realización de actividades económicas efectivas en el Estado miembro de acogida”* (Cadbury Schweppes, apartado 66).

Y es que de la jurisprudencia del TJUE resulta que el ejercicio de la libertad de establecimiento, cuando da lugar a una implantación real, no puede verse restringido mediante la aplicación de cláusulas anti-elusión de los Estados miembros que no contemplan en su presupuesto de hecho montajes pura o totalmente artificiosos. Porque ello supondría una infracción de las libertades fundamentales, en virtud de una práctica administrativa que en el caso de intereses abonados por una filial como retribución de fondos prestados por una matriz establecida en otro Estado miembro prohíbe su deducibilidad, mientras no lo hace en caso de intereses abonados a una sociedad residente. Una infracción de las libertades fundamentales muy semejante a la que se apreció en la STJUE de 17 de mayo de 2008, *N.V. Lammers & Van Cleeff* (Asunto C-105/07), que por referencia al caso *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*¹¹⁷, vino a confirmar que *“(L)a mera circunstancia de que una sociedad residente obtenga un préstamo de una sociedad vinculada establecida en otro Estado miembro no puede fundamentar una presunción general de prácticas abusivas ni*

¹¹⁷ STJUE de 13 de marzo de 2007, *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation vs. Commissioners of Inland Revenue* (Asunto C-524/04), apartado 73.

justificar una medida que vaya en detrimento del ejercicio de una libertad fundamental garantizada por el Tratado".

Junto a ello, como hemos señalado, la jurisprudencia del TJUE relativa a la fiscalidad de los intereses y su compatibilidad con las libertades fundamentales es mucho menos decidida, seguramente debido a la inexistencia respecto a los intereses de doble imposición económica, dado que normalmente son deducibles para el cálculo del Impuesto sobre Sociedades de la entidad que los satisface. Por su parte, en lo que se refiere a la doble imposición jurídica, el TJUE admite sin problemas que los intereses transfronterizos pueden ser objeto de doble imposición jurídica, atribuyendo a los Estados miembros la competencia "*para fijar, mediante convenio o de forma unilateral, los criterios de reparto de la potestad tributaria con el fin, en particular, de suprimir la doble imposición*"¹¹⁸. Ahora bien, cada Estado es libre de establecer la técnica para corregir la eventual doble imposición de intereses, utilizando los criterios seguidos en la práctica tributaria internacional, siempre que no resulte discriminatoria o de ella deriven restricciones al ejercicio de las libertades fundamentales. De ahí las dudas que en la Sentencia *Bilbao Vizcaya Argentaria*, que se acaba de citar, se manifiestan respecto a la normativa española para la corrección de la doble imposición internacional contenida en la Ley 61/1978, en cuanto impedía la imputación de impuestos no pagados salvo que el CDI aplicable incluyera una cláusula *tax sparing*¹¹⁹. En este sentido, el Tribunal remitente había considerado que una interpretación de las disposiciones del CDI aplicable y de la legislación interna española en el sentido de que tan sólo se permite deducir del impuesto devengado en España la cuota del impuesto efectivamente pagada en otro Estado miembro, podría disuadir a las sociedades establecidas en España de invertir su capital en otro Estado miembro. Ahora bien, es jurisprudencia constante que las desventajas que pueden resultar del ejercicio paralelo por diferentes Estados miembros de la potestad tributaria, no constituyen restricciones de las libertades de circulación siempre y cuando tal ejercicio no sea

¹¹⁸ STJUE de 8 de diciembre de 2011, *Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA* (Asunto C-157/10), apartado 31.

¹¹⁹ En el caso, la contenida en el artículo 24, apartado 4, de la Ley 61/1978, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades, que para el caso de que se hubieran computado en la base imponible rendimientos obtenidos y gravados en el extranjero, permitía deducir la menor de las dos cantidades siguientes: el importe efectivo de lo satisfecho en el extranjero o el importe de la cuota de la cuota que correspondería pagar en España si los rendimientos se hubieran obtenido en territorio español.

discriminatorio (*Bilbao Vizcaya Argentaria*, apartado 38 y jurisprudencia allí citada); por lo que mucho menos se les puede exigir que adapten su legislación tributaria para permitir que los contribuyentes disfruten de un beneficio fiscal otorgado por otro Estado miembro en ejercicio de su potestad tributaria. El problema radica, no obstante, en que la legislación interna española aplicable al caso y, en concreto, el artículo 57.1 de la Ley 230/1963, General Tributaria, establecía que cuando proceda deducir de la cuota de un tributo las devengadas o satisfechas por otro u otros de exacción previa se deducirán en sus cuantías íntegras, aunque éstas hayan sido objeto de exención o bonificación, lo que podía generar la impresión de que los intereses obtenidos en otro Estado miembro -a los que no se aplicaría el citado precepto de la LGT- podría considerarse discriminatorio en relación con el aplicado a los intereses obtenidos en España, al permitirse en ese caso deducir un impuesto devengado pero no pagado.

Se trata de un problema superado, pero que contribuye a poner de manifiesto como los problemas de doble imposición en el caso de operaciones transfronterizas, se plantean también respecto a los pagos de intereses, aunque sea con mucha menor virulencia que en relación a los dividendos, dado que respecto al primer tipo de rendimientos no es habitual la existencia de doble imposición económica que, sin embargo, suele producirse respecto a los dividendos. Como es sabido, ello no es más que una de las consecuencias de la falta de neutralidad en el tratamiento tributario de deuda/intereses y capital/dividendos, como formas alternativas de financiación de las actividades económicas. Una falta de neutralidad que es visible también en la jurisprudencia del TJUE que, como hemos visto, se ha ocupado de manera constante de los sistemas de eliminación de la doble imposición económica de dividendos¹²⁰ y, sin embargo, ha dedicado mucha menor atención a la que puede producirse sobre los intereses, como prueba la Sentencia *Truck Center*, ya citada.

Se trata de un pronunciamiento relevante, porque en él se evidencia la asimetría de la jurisprudencia comunitaria en cuanto al tratamiento tributario de dividendos e intereses desde la perspectiva de las libertades fundamentales. Una

¹²⁰ En una jurisprudencia que, como advierten GRAETZ, MJ. y WARREN JR., A. (2007), p. 1603, puede llevar a los Estados miembros a prescindir de sus mecanismos de eliminación de la doble imposición económica, ampliando así la brecha existente en el tratamiento tributario de la financiación mediante deuda vs. la financiación mediante capital, que se había ido progresivamente estrechando.

asimetría que es visible desde un inicio, cuando el TJUE se plantea si el pago de intereses desde una entidad residente a otra residente es, o no comparable, con el que una entidad residente realiza a otra no residente. Pues bien, aunque el TJUE ha mantenido de forma constante que en lo relativo a las medidas dirigidas a evitar o atenuar la tributación en cadena o la doble imposición económica "*las sociedades beneficiarias residentes no se encuentran necesariamente en una situación comparable a la de las sociedades beneficiarias residentes en otro Estado miembro*"¹²¹; cuando se trata del gravamen de los dividendos de salida, se ha mantenido de manera constante que dichas situaciones son comparables desde el momento en que un Estado miembro decide gravar los dividendos percibidos no sólo por las sociedades residentes, sino también los que corresponden a sociedades no residentes¹²². Por ello, el pronunciamiento contenido en *Truck Center* resulta sorprendente cuando afirma que la diferencia de trato analizada, consistente en la aplicación de técnicas de imposición diferentes en función de que las sociedades perceptoras de los intereses transfronterizos estén establecidas en Bélgica o en otro Estado miembro, se refiere a situaciones que no son objetivamente comparables; máxime cuando dicha afirmación se soporta con obviedades tales como que la posición del Estado belga difiere según que los intereses se abonen a una sociedad residente o no residente, ya que, en el primer caso, "*el Estado belga actúa en calidad de Estado de residencia de las sociedades interesadas y que, en el segundo caso, actúa como Estado de origen de los intereses*" (apartado 42)¹²³.

De ahí que el citado pronunciamiento haya sido objeto de severa crítica, para empezar desde la perspectiva de la comparabilidad, ya que el TJUE es por completo inconsistente respecto a sus pronunciamientos anteriores, al afirmar que "*el pago de intereses por una sociedad residente a otra sociedad residente y el pago de intereses por una sociedad residente a una sociedad no residente dan lugar a distintas*

¹²¹ Vid. las SSTJUE ya citadas *Denkavit Internationaal* y *Denkavit France*, apartado 34; *Amurta*, apartado 37; *Comisión vs. Italia*, apartado 51; *Comisión vs. España*, apartado 50; y *Comisión vs. Alemania*, apartado 55, de donde se toma la cita.

¹²² Vid. las SSTJUE ya citadas *Test Claimants in Class IV of the Act Group Litigation*, apartado 68; *Denkavit Internationaal* y *Denkavit France*, apartado 35; *Amurta*, apartado 38; *Comisión vs. Italia*, apartado 52; *Comisión vs. España*, apartado 51; y *Comisión vs. Alemania*, apartado 56.

¹²³ Un razonamiento que, por obvio, resulta circular, como señalan DE BROE, L. y BAMMENS, N. (2009), p. 135.

imposiciones, basadas en fundamentos jurídicos diferentes (apartado 43); justificando las distintas modalidades de aplicación del gravamen a unas y otras por "*la diferencia de las situaciones en las que se encuentran dichas sociedades en lo que respecta a la recaudación del impuesto*" (apartado 47), en especial desde la perspectiva de su sometimiento al control de la Administración tributaria belga, que puede garantizar la recaudación del impuesto por vía de apremio respecto a las sociedades residentes, pero no respecto a las no residentes ya que, para éstas, la recaudación del impuesto requiere la cooperación de la administración tributaria de su Estado de residencia. Porque esa forma de argumentar evidencia que el TJUE emplea para descartar la existencia de comparabilidad entre ambas situaciones argumentos que, en realidad, se refieren a las posibles justificaciones¹²⁴ de lo que constituye una evidente diferencia de trato entre situaciones comparables o, al menos, que se han considerado comparables en toda la jurisprudencia relativa al gravamen de los dividendos de salida.

Junto a ello, *Truck Center* resulta de indiscutible interés para el análisis del carácter pretendidamente discriminatorio del empleo de diferentes técnicas de gravamen para residentes y no residentes que, como señala la Comisión, generan un mayor coste financiero para los no residentes, obligados a soportar anticipadamente el impuesto por vía de retención. Primero porque siguiendo la doctrina establecida en *FKP Scorpio Konzertproduktionen*¹²⁵, que invocaba expresamente la Abogado General Kokot en sus Conclusiones, se admite que las distintas condiciones en la recaudación de residentes y no residentes constituye una diferencia objetiva que puede justificar el empleo de distintas modalidades de imposición y, en particular, la exigencia de retención sólo para los intereses satisfechos a no residentes. Si ello podía considerarse justificado en *FKP Scorpio*, es más complicado de admitir en *Truck Center*, porque a pesar de que tampoco resultaba aplicable la Directiva 76/308/CEE para simplificar la recaudación de los impuestos en otro Estado miembro, ya que su ámbito de aplicación sólo se extendió a los impuestos directos con la Directiva 2001/44/CE, de 15 de junio de 2001, Bélgica hubiera podido invocar el Convenio del Benelux, de 5 de septiembre de 1952, sobre la asistencia mutua en materia de recaudación de créditos fiscales. No

¹²⁴ DE BROE, L. y BAMMENS, N. (2009), pp. 132-133.

¹²⁵ STJUE de 3 de octubre de 2006, *FKP Scorpio Konzertproduktionen* (Asunto C- 290/04), apartados 33 a 35.

obstante, es reseñable que la Abogado General mantiene en sus conclusiones que el esfuerzo adicional de acudir a los mecanismos de asistencia reseñados, "*supondría una carga administrativa desproporcionada frente a la retención fiscal en la fuente*" (apartado 46); porque al argumentar de ese modo se puede descartar con facilidad la existencia de una restricción discriminatoria derivada del hecho de que la retención en la fuente implique para las entidades no residentes una desventaja en términos de tesorería, frente a las entidades residentes, que perciben los intereses íntegros. El pronunciamiento a este respecto del TJUE en *Truck Center* se limita a declarar que dicha diferencia de trato "*no proporciona necesariamente una ventaja a las sociedades beneficiarias residentes*", dado que las sociedades residentes están obligadas a efectuar pagos anticipados del impuesto de sociedades y que el tipo de la retención sobre los intereses abonados a las entidades no residentes es netamente inferior al del impuesto de sociedades, cobrado sobre las rentas de las sociedades residentes beneficiarias de intereses. De ese modo, queda sin explicar lo que parece un evidente giro respecto a pronunciamientos anteriores, en que -como en *Metalgesellschaft*¹²⁶- otras formas de pago anticipado a cuenta de dividendos, que se aplicaban sólo a los satisfechos a entidades no residentes, se consideraron contrarios a las libertades fundamentales¹²⁷, pero en realidad no es tal. Porque no se trata tanto, como resulta de las conclusiones de la Abogado General¹²⁸, de discutir la importancia de las desventajas financieras o de tesorería, que en cuanto tales puedan dar lugar a una infracción de las libertades comunitarias¹²⁹, sino de poner de manifiesto las diferencias en cuanto a la función que cumplen los sistemas de retención respecto a dividendos e intereses. En efecto, en el caso de pagos de dividendos transfronterizos, si los satisfechos a entidades no residentes quedan exentos de retención ello no supone mayor problema, ya que los beneficios de que proceden habrán tributado en el impuesto de sociedades de la sociedad que los distribuye, a diferencia de lo que sucede con los intereses, ya que son deducibles fiscalmente para el pagador residente,

¹²⁶ SSTJUE de 8 de marzo de 2001, *Metallgesellschaft Ltd y otros* (Asuntos acumulados C-397/98 y C-410/98), en especial apartados 44, 54 y 76.

¹²⁷ O'SHEA, T. (2009), p. 598.

¹²⁸ En especial, apartados 60 y ss.

¹²⁹ Como resulta de las SSTJUE de 21 de noviembre de 2002, *X e Y* (Asunto C- 436/00), apartados 36 a 38; *Test Claimants in the FII Group Litigation*, ya citada, apartados 96, 97, 153 y 154, y de 29 de marzo de 2007, *Rewe Zentralfinanz* (Asunto C- 347/04), apartado 29.

de modo que si no se exigiera la retención los satisfechos a no residentes quedarían sin gravamen alguno¹³⁰.

Con todo, la jurisprudencia que ha quedado descrita queda en cierto modo confirmada por la posterior STJUE *Dijkman*¹³¹, en que se declara que la sujeción, por parte de un Estado miembro, de los rendimientos del capital mobiliario procedentes de depósitos e inversiones en otro Estado miembro, a una tributación adicional con respecto a los que proceden de depósitos e inversiones realizados en el interior, supone en sí misma un trato fiscal desfavorable, contrario a la libertad de circulación de capitales. Y ello, por mucho que la restricción sea "*de escaso alcance o de poca importancia*" (apartado 42), e incluso se vea compensada con una ventaja de tesorería consistente en que el contribuyente residente que percibe los rendimientos de un depósito en otro Estado miembro no soporta la retención liberatoria a que se sujetan los mismo rendimientos procedentes de depósitos del contribuyente en su Estado miembro de residencia.

Prescindiendo del análisis de otra jurisprudencia relativa a la incidencia de las libertades fundamentales en la tributación de los intereses, como la que ha analizado las reglas de subcapitalización, de indiscutible relevancia pero sobradamente estudiada¹³², para finalizar este apartado hemos de llamar la atención sobre algunos casos pendientes que deberían permitir al TJUE establecer una línea clara respecto a la tributación de los intereses transfronterizos, con motivo del análisis de diversas medidas adoptadas respecto a este tipo de rentas en Bélgica. El primero se refiere, además, a una de las medidas adoptadas para incrementar la neutralidad entre las dos grandes formas de financiación empresarial, como es el régimen de deducción de los intereses nacionales (*Notional interest deduction*) establecido en el impuesto sobre sociedades en Bélgica, pero que excluye a efectos del cálculo del importe deducible el capital neto asignado a establecimientos permanentes en el extranjero, lo que ha sido

¹³⁰ DE BROE, L. y BAMMENS, N. (2009), p. 135.

¹³¹ De que es muestra la STJUE de 1 de julio de 2010, *Gerhard Dijkman, Maria Dijkman-Lavaleije* (Asunto C-233/09), que tiene un cierto interés porque

¹³² Analizadas en la STJUE de 12 de diciembre de 2002, *Lankhorst-Hohorst* (Asunto C-324/00), sobre la que puede verse, por todos, CALDERÓN CARRERO, JM. y MARTÍN JIMÉNEZ, A. (2006), pp. 648 y ss. y DE BROE, L. (2008), pp. 934 y ss.; y en *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*, respecto a la que puede verse RUIZ ALMENDRAL, V. (2008-2), *passim* y BANKS, K. (2007), pp. 22 ss. Existe un caso pendiente relativo a la normativa portuguesa, en el marco de la cuestión prejudicial a que se refiere el Asunto C-182/12.

denunciado como discriminatorio¹³³ y considerado tal en las conclusiones del Abogado General Paolo Mengozzi, de 19 de septiembre de 2012. En concreto, dicho régimen permite a las sociedades residentes en Bélgica deducir de su base imponible un interés ficticio, calculado para los ejercicios cerrados a 31 de diciembre de 2011 en un 5,425 de su capital propio (*equity capital*), ajustado mediante la eliminación de ciertos importes, entre los que se encuentra el capital neto asignado a establecimientos permanentes situados en el extranjero, con la finalidad de reducir la discriminación tributaria existente entre la financiación mediante deuda y mediante capital, debida al carácter deducible de los gastos financieros. Pues bien, dada la especial naturaleza de estos "intereses ficticios" y su particular finalidad, será muy interesante comprobar cuál de las orientaciones presentes en la jurisprudencia del TJUE se impone al proyectar las libertades fundamentales sobre este singular régimen. Porque es relativamente claro que al excluir de la deducción de los intereses nacionales las inversiones en establecimientos permanentes situados en otros Estados miembros se está estableciendo un tratamiento discriminatorio respecto al lugar en que se realizan las inversiones, que según el Tribunal remitente podría resultar contrario a la libertad de establecimiento. De ahí que debamos estar bien atentos a la valoración que al TJUE puedan merecerle las posibles justificaciones de esa innovadora medida, sobre todo a la vista de que en la reciente Sentencia *Waypoint Aviation SA*¹³⁴, sin recabar siquiera opinión del Abogado general, se ha declarado contrario a la libre prestación de servicios el régimen de crédito fiscal, consistente en una retención ficticia en origen, en relación con ingresos procedentes de préstamos concedidos para la adquisición de bienes utilizados en territorio belga, al entenderse que someter los intereses de un préstamo que financia la adquisición de bienes cedidos a entidades no residentes, a un tratamiento menos favorable que el reservado a los intereses que proceden de un préstamos que financia inversiones en el territorio nacional "*puede disuadir a las empresas que tengan la posibilidad de aspirar a esa ventaja fiscal de prestar servicios*

¹³³ En la cuestión prejudicial planteada por el *Rechtbank van eerste aanleg te Antwerpen* (Bélgica) el 4 de julio de 2011, *Argenta Spaarbank NV vs. Bélgica* (Asunto C-350/11). De mucho menor interés parece el caso de discriminación respecto a intereses procedentes del extranjero que ha denunciado la Comisión, interponiendo recurso el 30 de julio de 2010 frente a Bélgica (Asunto C-383/10).

¹³⁴ STJUE de 13 de octubre de 2011, *Waypoint Aviation SA* (Asunto C- 9/11).

destinados a financiar la adquisición de bienes cuyo derecho de uso va a ser cedido a operadores económicos establecidos en otros Estados miembros (apartado 23).

Por fin, aunque el caso parecía relativamente claro, se esperaba que la resolución del recurso interpuesto por la Comisión el 19 de julio de 2012 (Asunto C-387/11), al referirse de manera conjunta al tratamiento de intereses y dividendos, en cuanto rendimientos del capital, hubiera permitido al TJUE una apreciación diferenciada de las posibles justificaciones esgrimidas respecto a uno y otro tipo de rentas, dado que las diferencias en su tratamiento tributario, sobre todo desde la perspectiva de la doble imposición, han dado lugar a una doctrina que tiene matices diversos cuando se refiere a cada una de esas clases de rentas del capital. No ha sido así, pues la STJUE de 25 de octubre de 2012, *Comisión vs. Reino de Bélgica* ha rehuido la diferenciación entre ambas clases de rendimientos de capital, unificándolos por el hecho de su percepción por sociedades de inversión residentes o no residentes. Dicho con otras palabras, el TJUE se ha centrado en la existencia de una clara discriminación entre residentes y no residentes, debida al hecho de que las entidades no residentes que carecen de un establecimiento estable en el territorio belga no tienen la posibilidad de recuperar el importe pagado en concepto de retención sobre las rentas del capital mobiliario, a diferencia de lo que ocurre con las residentes en ese Estado miembro, que pueden imputar la retención soportada a su cuota del impuesto sobre sociedades e incluso recuperar el eventual exceso. Por ello, aunque se trata de un pronunciamiento de cierto interés, en cuanto condensa la doctrina previamente existente respecto a este tipo de rentes, la posibilidad de establecer comparaciones entre perceptores residentes y no residentes, etc. no hay en él ningún elemento novedoso, ni siquiera un análisis diferenciado de dividendos e intereses que pudiera ayudar a comprender su diferente tratamiento en la jurisprudencia comunitaria.

3.3. Sin duda, los rendimientos del capital que han suscitado menor atención desde la perspectiva de las libertades fundamentales son los derivados de operaciones de seguro, a los que la jurisprudencia del TJUE se ha referido sobre todo desde la perspectiva de la libre prestación de servicios y, en la mayor parte de los casos, respecto a seguros de pensiones y otros instrumentos de previsión social

complementaria, cuyo enjuiciamiento se ha llevado a cabo teniendo también en cuenta otras libertades de circulación.

En este sentido, los primeros casos en que se plantea la existencia de regulaciones tributarias problemáticas en el ámbito que ahora interesa fueron *Bachmann* y *Comisión vs. Bélgica*¹³⁵, en que el TJUE consideró que restringía las libertades de circulación la normativa belga que supeditaba el carácter deducible de las primas de seguro de enfermedad e invalidez, o de seguro de vejez y fallecimiento, al requisito de que se hubieran pagado en dicho Estado miembro. Se trata de unos fallos ciertamente polémicos, pues a pesar de considerar existente un obstáculo a la libre circulación de trabajadores y una restricción a la libre prestación de servicios, el TJUE las entendió justificadas por la necesidad de garantizar la coherencia del régimen tributario aplicable, señalando en *Bachmann*, como se había dicho ese mismo día en *Comisión vs. Bélgica*, que el vínculo existente entre el carácter deducible de las primas y la imposición de las cantidades debidas por los aseguradores requería, para garantizar la coherencia del régimen tributario aplicable, "*que en el caso de que dicho Estado esté obligado a aceptar la deducción de las primas de seguro de vida pagadas en otro Estado miembro, pueda percibir el impuesto sobre las cantidades debidas por los aseguradores*" (apartado 23); sin que la coherencia del régimen tributario considerado pudiera garantizarse con medidas menos restrictivas que las consideradas en el litigio principal¹³⁶.

Es cierto que en el tratamiento de las rentas derivadas de contratos de seguros y, dentro de ellos, de los seguros de pensiones, es particularmente visible la conexión entre deducibilidad de las primas y gravamen de las rentas que el seguro genera, por lo que excluir dicha deducibilidad cuando las primas se satisfacen en otro Estado miembro puede considerarse necesario para garantizar la coherencia del sistema tributario. Pero no lo es menos que esa coherencia se quiebra cuando un Estado miembro acepta, a través de las reglas de reparto de la potestad tributaria en los correspondientes CDIs, que se rompa aquella conexión, posibilidad que la Sentencia

¹³⁵ Vid. SSTJUE de 28 enero de 1992, *Bachmann* (Asunto C-204/90) y *Comisión vs. Bélgica* (Asunto C-300/90)

¹³⁶ Vid. TE BOEKHORST, PAUL J. (1992), pp. 284-286.

Bachmann no llegó a considerar¹³⁷. No obstante, dicha doctrina sería modificada poco tiempo después, cuando el TJUE aclaró en el caso *Wielockx*¹³⁸ que “*por estar garantizada la coherencia fiscal sobre la base de un Convenio bilateral celebrado con otro Estado miembro, dicho principio no puede invocarse para justificar la denegación de una deducción como la que es objeto de debate*”. Dicho con otras palabras, la coherencia del sistema tributario de los Estados miembros que se quiere garantizar prohibiendo la deducción de las primas satisfechas en otros Estados y que, en consecuencia, podrían dar lugar a rentas que sólo dichos Estados pudieran gravar, queda rota desde el momento en que los Estados suscriben CDIs que les privan de la posibilidad de realizar el gravamen de rentas correspondientes a seguros que previamente han generado deducciones fiscales, por lo que dicha pretendida justificación es inadmisibile. En efecto, la interrelación entre el CDI aplicable y la normativa del Estado miembro afectado dan lugar a una quiebra de la coherencia del sistema tributario interno que las disposiciones cuestionadas pretendían garantizar, por lo que ese alegato no puede justificar la disparidad de trato existente y el obstáculo que supone para la libre prestación de servicios¹³⁹.

En el mismo sentido se orientaría la decisión del posterior caso *Safir*¹⁴⁰, en que se consideró contraria a la libre prestación de servicios la legislación sueca que establecía un régimen fiscal diferente para los seguros de vida de capital, según estuvieran suscritos con compañías establecidas o no en ese Estado miembro, por cuanto dicha legislación podía disuadir a los asegurados de suscribir seguros de vida de capital con compañías establecidas en otros Estados miembros y disuadir a dichas compañías aseguradoras de ofrecer sus servicios en el mercado de ese Estado miembro. De ese modo, los pagos de primas de seguros se consideran como una forma más de inversión, por lo que su desgravación fiscal no es más que una forma de desgravación de inversiones; de modo que establecer medidas que discriminen en

¹³⁷ Vid. la Sentencia *Bachmann* citada, apartados 26-27 y LANG, M (2006), p. 424.

¹³⁸ STJU de 11 de agosto de 1995, *Wielockx* (Asunto C-80/94), en que se constata la existencia de una discriminación indirecta de los no residentes que, pese a obtener la práctica totalidad de sus rendimientos profesionales en un Estado miembro no podían deducirse la llamada “reserva para la vejez”, al contrario que los residentes en dicho Estado que, en el caso, era Holanda; en especial apartado 25 de donde se toma la cita.

¹³⁹ CALDERON CARRERO, JM. y MARTÍN JIMÉNEZ, A. (2006), p. 690.

¹⁴⁰ STJUE de 28 de abril de 1998, *Jessica Safir* (Asunto C-118/96).

función del estado miembro donde se realiza la inversión es poco defendible, en especial a la vista de la creciente integración de los mercados europeos de capitales que se estaba produciendo en la época¹⁴¹. Seguramente por ello se rechazan las causas de justificación invocadas por Suecia, ya que los riesgos invocados “*no pueden justificar una legislación nacional relativa a la fiscalidad del seguro de vida de capital que supone un conjunto de elementos tan restrictivos de la libre prestación de servicios como la que se examina en el litigio principal*” (apartado 34); esto es, porque los mismos objetivos podrían haber sido alcanzados mediante medidas menos restrictivas de la libre prestación de servicios¹⁴².

En parecida línea argumental, con los matices propios del caso, se han mantenido las posteriores resoluciones *Danner*, *Skandia-Ramstedt*, *Comisión vs. Dinamarca* y *Comisión vs. Bélgica*¹⁴³, en que se ha comenzado ya a analizar la normativa de los Estados miembros en que las aportaciones a regímenes de seguros de vida y de pensiones de jubilación se beneficiaban de desgravaciones y exenciones fiscales sólo si se abonaban en virtud de pólizas suscritas con promotores de planes de pensiones en ellos establecidos, sin conceder ninguna ventaja fiscal de este tipo a las aportaciones abonadas con arreglo a pólizas suscritas con promotores de planes de pensiones establecidos en otros Estados miembros. Y dado que las normativas cuestionadas se referían a las aportaciones realizadas para seguros o planes de jubilación, el TJUE considerará que se ven afectadas tanto la libre prestación de servicios entre Estados miembros¹⁴⁴, como la libre circulación de los trabajadores¹⁴⁵ o la libertad de establecimiento de los trabajadores autónomos procedentes de otro

¹⁴¹ VANISTENDAEL, F. (2000), p. 5

¹⁴² BANKS, K. (2007), p. 32.

¹⁴³ Vid. las SSTJUE de 3 de octubre de 2002, *Danner* (Asunto C-136/00); de 26 de junio de 2003, *Skandia-Ramstedt* (Asunto C-422/01); de 30 de enero de 2007, *Comisión vs. Dinamarca* (Asunto C-150/04); y 5 de julio de 2007, *Comisión vs. Bélgica* (Asunto C-522/04).

¹⁴⁴ Porque, como se dijo en *Comisión vs. Dinamarca*, citada (apartado 39), “*para que los promotores de planes de pensiones establecidos en otros Estados miembros puedan ofrecer sus servicios en el mercado danés con las mismas ventajas fiscales que las propuestas por los promotores de planes de pensiones establecidos en Dinamarca, deben disponer de una sucursal o establecimiento permanente en dicho Estado miembro*”.

¹⁴⁵ En los términos de la misma STJUE *Comisión vs. Dinamarca*, citada (apartados 41 y 42), porque las disposiciones controvertidas pueden perjudicar particularmente a los trabajadores que habiendo realizado aportaciones en otros estados miembros -de los que normalmente son nacionales- deciden trasladar su residencia a Dinamarca, por lo que constituyen una restricción a la libre circulación de los trabajadores.

Estado miembro¹⁴⁶, sin que pueda progresar ninguna de las justificaciones esgrimidas por los Estados miembros afectados.

Es cierto que, como consecuencia de la jurisprudencia que ha quedado expuesta, los Estados miembros han ido progresivamente eliminando obstáculos y discriminaciones en la tributación de seguros y planes de jubilación o pensiones; pero no lo es menos que no parece posible que sea sólo el TJUE quien imponga el principio de no discriminación en la tributación de dichas rentas, sino que seguramente necesite la ayuda del legislador en el ámbito europeo¹⁴⁷. De ahí que convenga estar atentos a los trabajos de la Comisión respecto al establecimiento de un marco para la libre provisión de servicios transfronterizos por parte de aseguradores y fondos de pensiones, plasmados en la Propuesta de Directiva relativa a la mejora de la portabilidad de los derechos de pensión complementaria¹⁴⁸. Unos trabajos que, parece obvio, necesitarán ser completados desde la perspectiva tributaria, ya que las reglas tributarias relativas a los sistemas de seguro y planes de jubilación son muy variadas en el entorno europeo¹⁴⁹ y, sin una cierta armonización, difícilmente podrá garantizarse esa portabilidad que, a su vez, parece condición para la consolidación en este ámbito de un auténtico mercado interior en que se garantice el respeto a las libertades fundamentales.

4. CONCLUSIONES.

Del análisis realizado resulta, sin lugar a dudas, que la jurisprudencia del TJUE respecto a las libertades fundamentales ha tenido un importante impacto en la articulación de los sistemas tributarios de los Estados miembros para el gravamen de las rentas del capital. Es discutible en qué medida dicha jurisprudencia sigue dejando un espacio suficientemente amplio para el ejercicio del poder tributario de los Estados miembros, pero para realizar una valoración a ese respecto ha de reconocerse, como

¹⁴⁶ Como se dijo en *Comisión vs. Dinamarca*, citada (apartados 43 y 44), porque “*al no otorgar ningún derecho a deducción o exención respecto de las aportaciones abonadas a promotores de planes de pensiones establecidos en otros Estados miembros, la normativa litigiosa puede disuadir a tales trabajadores autónomos de establecerse en Dinamarca*”.

¹⁴⁷ Cfr. VANISTENDAEL, F. (2000), p. 6.

¹⁴⁸ COM (2005) 507 final, de 20 de octubre de 201.

¹⁴⁹ DIETVORST, G.JB. (2007), pp. 142 y ss.

punto de partida, que por el mero hecho de su pertenencia a la Unión Europea, el poder tributario que ostentan no es ya un poder soberano e ilimitado. No obstante, dado que los Estados retienen la posibilidad de establecer la estructura esencial de sus impuestos directos y, en particular de sus bases imponibles, así como de los tipos nominales de gravamen, su margen de maniobra sigue siendo relativamente elevado¹⁵⁰, siempre dentro del respeto a las reglas fundamentales del ordenamiento comunitario y, entre ellas, de las libertades fundamentales.

En todo caso, sería absurdo no reconocer el importante impacto que la jurisprudencia relativa a las libertades fundamentales ha producido en el tratamiento tributario de las rentas del capital, sobre todo en cuanto al régimen de los dividendos transfronterizos, que ha dado lugar a una abundante jurisprudencia en la que no faltan aspectos discutibles. De manera especial, porque al tomar en consideración el tratamiento de dichas rentas en los distintos Estados miembros que intervienen en la operación transfronteriza, conforme al denominado *overall approach*, una misma medida legislativa adoptada en el estado de la fuente puede ser considerada, o no, como discriminatoria, según el tratamiento que el contribuyente reciba en su estado de residencia. Habrá que esperar, en todo caso, a la decisión de los abundantes casos aún pendientes, en alguno de los cuales se suscitan dudas relativas al tratamiento de dividendos e intereses transfronterizos, que deberán permitir al TJUE establecer las razones para que ambos tipos de rentas sean objeto de un análisis diferenciado y que, sin duda, están relacionadas con la inexistencia de doble imposición económica sobre los intereses, debido a que normalmente serán deducibles en el estado de residencia de la entidad pagadora.

Por último, el tratamiento de las rentas derivadas de seguros se ha producido al hilo del análisis de prácticas discriminatorias relacionadas con seguros de vida y jubilación, que han dado lugar a una interesante jurisprudencia relativa a la justificación por razones de coherencia del sistema tributario. Una jurisprudencia pronto superada, pues aunque en este tipo de rentas hay una muy directa vinculación entre el tratamiento tributario de las primas o aportaciones y el de las indemnizaciones o pensiones, dichas razones de coherencia han perdido su validez

¹⁵⁰ VANIESTENDAEL, F. (2006), p. 205.

desde el momento en que los Estados, al suscribir CDIs para el reparto de la potestad tributaria respecto a este tipo de rentas, aceptan quiebras en dicha vinculación. En todo caso, dado que las disparidades de trato y obstáculos derivados del tratamiento tributario de este tipo de rentas afectan tanto a la libre prestación de servicios, como a la libre circulación de trabajadores y al establecimiento de autónomos, e incluso podrían afectar a la libre circulación de capitales, no parece que pueda alcanzarse un resultado satisfactorio sin la intervención del legislador comunitario que, sin embargo, está tropezando con no pocas resistencias.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- BANKS, KAREN *The application of the Fundamental Freedoms to Member State tax measures: guarding against protectionism or second-guessing national policy choices*, European University Institute Working Papers, RCAS 2007/31, Florencia 2007.
- BIZZOLI, GIANLUIGI "Balancing the Fundamental Freedoms and tax sovereignty: some thoughts on recent ECJ case law on direct taxation", en *European Taxation*, 2008, pp. 133 y ss.
- CALDERÓN CARRERO, JOSÉ MANUEL y MARTÍN JIMÉNEZ, ADOLFO, "la Jurisprudencia del TJCE: los efectos del principio de no discriminación y las libertades básicas comunitarias sobre la legislación nacional en materia de imposición directa", en CARMONA, NESTOR (Coord.) *Convenios fiscales internacionales y fiscalidad de la Unión Europea*, CISS, Valencia 2006, pp. 597 y ss.
- CALDERÓN CARRERO, JOSÉ MANUEL y BÁEZ MORENO, ANDRÉS "La armonización contable europea, las NIC/NIFF y su influencia en la base imponible del Impuesto sobre Sociedades", en SANFRUTOS GAMBÍN y CARBAJO VASCO (Coord.) *Impuesto sobre Sociedades, Régimen General*, Thomson, Pamplona 2010, pp. 99 y ss.
- COMISIÓN EUROPEA *The development of a European Capital Market. Report of a Group of experts appointed by the EEC Commission (Segré Report)*, Bruselas 1966.
- CONFEDERATION FISCALE EUROPEENNE "Opinion Statement of the CFC on outbound dividends: *Commission vs. Italy* (C-540/07), Bruselas 2010.
- CORDEWENER, AXEL "The prohibitions of discrimination and restriction within the framework of the fully integrated internal market", en VANISTENDAEL, FRANS *EU Freedoms and Taxation*, IBFD, Amsterdam 2006, pp. 1 y ss.
- "Personal income taxation of non residents and the increasing impact of the EC Treaty freedoms", en WEBER, DENNIS (Ed.) *The influence of European Law on Direct Taxation*, Kluwer, Amsterdam 2007, pp. 35 y ss.
- DE BROE, LUC *International Tax Planning and prevention of abuse*, IBFD, Amsterdam 2008.
- DE BROE, LUC y BAMMENS, NIELS "Truck Center Belgian Withholding Tax on interest payments to non residentes companies does not violate EC Law: a critical look at the ECJ's Judgment in Truck Center", en *EC Tax Review*, 2009, pp. 131 y ss.

DE LA HUCHA CELADOR, FERNANDO/ RAMALLO MASSANET, JUAN/ ZORNOZA PÉREZ, JUAN "Aspectos fiscales de la libre circulación de capitales en la Comunidad Europea", *Suplementos sobre el Sistema Financiero, Papeles de Economía Española* nº 38, 1992, pp. 30 y ss.

DEN BOER, STEVEN "Freedom of establishment versus free movement of capital ongoing confusion at the ECJ and in the national Courts?", en *European Taxation* 2010, pp. 250 y ss.

DIETVORST, GERRY J.B. "Proposal for a pension model with a compensating layer", en *EC Tax Review* 2007, pp. 142 y ss.

ENGLISH, JOACHIM "Taxation of cross-border dividends and EC fundamental freedoms", en *Intertax*, 2010, pp. 197 y ss.

FALCÓN Y TELLA, R. "La subcapitalización, las ETVE y la planificación fiscal de riesgo", en *Quincena Fiscal Aranzadi*, 22, 2009, pp. 7 y ss.

GRAETZ, MICHAEL J. y WARREN JR., ALVIN C. "Income Tax Discrimination and the Political and Economic Integration of Europe", en *The Tale Law Journal*, 2006, pp. 1185 y ss.

- "Dividend taxation in Europe: When the ECJ makes Tax Policy", en *Common Market Law Review*, 2007, pp. 1577 y ss.

HERRERA MOLINA, PEDRO *Convenios de doble imposición y Derecho comunitario*, IEF, Madrid 2009.

HJI PANAYI, CHRISTIANA "The Fundamental freedoms and third countries: recent perspectives", en *European Taxation*, pp. 571 y ss.

LANG, MICHAEL "Direct taxation: Is the ECJ heading in a new direction?", en *European Taxation*, 2006, pp. 421 y ss.

- "ECJ case law on cross-border dividend taxation recent developments", *EC Tax Review*, 2008, pp. 67 y ss.

- "Recent case law of the ECJ in direct taxation: trends, tensions and contradictions", en *EC Tax Review*, 2009, pp. 97 y ss.

LEHNER, MORIS "Limitation of the national power of taxation by the fundamental freedoms and non-discrimination clauses of the EC Treaty", en *EC Tax Review*, 2000, pp. 5 y ss.

MASON, RUTH *A theory of Tax discrimination*, Jean Monnet Working Paper 09/06, New York University School of Law, 2006.

O'BRIEN, MARTHA "Canada, capital movements, and the European Union: some Tax implications", en *Canadian Tax Journal*, 2009, pp. 259 y ss.

O'SHEA, TOM "Truck Center: A lesson in source vs. residence obligations in the EU", en *Tax Notes International*, 2009, pp. 598 y ss.

RAVENTOS, ESTELA "Spain", en *European Taxation*, 2000, pp. 73 y ss.

RUIZ ALMENDRAL, VIOLETA *El fraude a la ley tributaria a examen*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor 2006.

- "Entre la discriminación y la armonización: el régimen fiscal del no residente en España a la luz del derecho comunitario", en *Revista de Contabilidad y Tributación CEF* nº 57, 2008, pp. 3 y ss.

- "Subcapitalización y libertad de establecimiento: el caso "Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation" como una oportunidad para rehabilitar el artículo 20 del TRLIS", en *Noticias de la Unión Europea* nº 283, 2008-2 pp.121 y ss.

SEER, ROMAN "The Jurisprudence of the European Court of Justice: Limitation of the Legal Consequences?", en *European taxation*, 2006, pp. 470 y ss.

TENORE, MARIO "Taxation of cross-border dividends in the European Union from past to future", en *EC Tax Review*, 2010, pp. 74 y ss.

TE BOEKHORST, PAUL J. "Tax Discrimination Permitted for Reasons of Coherence of Tax System", en *European Taxation* 1992, pp. 284 y ss.

VANISTENDAEL, FRANS "Tax revolution in Europe: The impact of non-discrimination", en *European Taxation*, 2000, pp. 3 y ss.

- "General Report on the fundamental freedoms and national sovereignty in the European Union", en VANISTENDAEL, FRANS *EU Freedoms and Taxation*, IBFD, Amsterdam 2006, pp. 167 y ss.
- "*Denkavit Internationaal*: The balance between Fiscal Sovereignty and the Fundamental Freedoms?", en *European Taxation*, 2007, pp. 210 y ss.
- "Does the ECJ have the power of interpretation to build a tax system compatible with the fundamental freedoms?", *EC Tax Review* vol. 17, 2008, pp. 52 y ss.

WEBER, DENNIS "*Fidium Finanz AG v Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht*: The ECJ gives the wrong answer about the applicability of the free movement of capital between the EC Member States and non-member countries", en *British Tax Review* 6, 2007, pp. 670 y ss.

ZORNOZA PÉREZ, JUAN "Las normas anti-abuso frente a la competencia fiscal en el marco comunitario", en LABEAGA AZCONA, JOSE MARIA y CHICO DE LA CAMARA, PABLO (DIRS.) *Repercusiones tributarias de la ampliación de la Unión Europea*, IEF, Madrid 2010, pp. 351 y ss.